

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DE LA

RESPONSABILITÉ DES NOTAIRES

EN MATIÈRE HYPOTHÉCAIRE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue le Mercredi 19 Décembre 1900, à 2 heures 1/2.

PAR

PAUL DESPREZ

PRÉSIDENT : M. PLANIOL, PROFESSEUR.

SUFFRAGANTS { M. MASSIGLI, PROFESSEUR.
M. GARÇON, PROFESSEUR.

BEAUGENCY
IMPRIMERIE J. LAFFRAY

1900



Digitized by the Internet Archive
in 2026

THÈSE

POUR

LE DOCTORAT

**La Faculté n'entend donner aucune approbation ni
improbation aux opinions émises dans les thèses;
ces opinions doivent être considérées comme
propres à leurs auteurs.**

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DE LA

RESPONSABILITÉ DES NOTAIRES

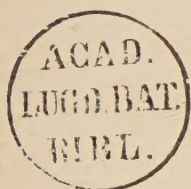
EN MATIÈRE HYPOTHÉCAIRE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue le Mercredi 19 Décembre 1900, à 2 heures 1/2.

PAR

PAUL DESPREZ



PRÉSIDENT : M. PLANIOL, PROFESSEUR.

SUFFRAGANTS { M. MASSIGLI, PROFESSEUR.
M. GARÇON, PROFESSEUR.

BEAUGENCY
IMPRIMERIE J. LAFFRAY

1900

A MON PÈRE

A MA MÈRE

INTRODUCTION

ET PRINCIPES GÉNÉRAUX

En matière civile la responsabilité peut se définir l'obligation de réparer le préjudice résultant d'un fait dont on est l'auteur direct ou indirect.

Nous n'avons pas à nous occuper ici de la responsabilité pénale consistant dans une peine dont on frappe l'auteur d'un acte illicite qui a causé préjudice à la Société. Nous ne parlerons pas non plus de la responsabilité disciplinaire que le notaire peut encourir à raison des fautes commises contre l'honneur ou les prescriptions de la loi en matière fiscale. Nous n'étudierons que la responsabilité civile qui tend à obtenir la réparation pécuniaire du dommage causé à un particulier.

Le principe de cette dernière est consacré dans les articles 1382 et 1383 du Code civil. « Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. » — « Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence et par son imprudence. »

L'existence de cette responsabilité est subordonnée à deux éléments essentiels : un préjudice et une faute dont il est la conséquence.

L'existence d'un préjudice est la première condition d'une action en responsabilité, qui a pour but d'obtenir une réparation ; il faut qu'il y ait violation du droit d'autrui. C'est l'application de la maxime : pas d'intérêt, pas d'action.

Pour le cas spécial qui nous occupe, les prêts hypothécaires en particulier, le notaire n'encourt pas de responsabilité, si, ayant été chargé par exemple d'inscrire une hypothèque pour le compte d'un de ses clients et ayant omis d'exécuter son obligation, l'événement démontre que l'hypothèque, eut-elle été inscrite, ne serait pas venue en ordre utile.

D'après la Cour de Gand (1), en matière de p.ét hypothécaire le seul préjudice dont le notaire soit tenu de répondre en cas de faute à lui imputable, consisterait dans la perte totale ou partielle de la créance à raison de l'insuffisance du gage hypothécaire, mais ce résultat ne peut être considéré comme définitivement acquis que lorsque l'hypothèque a produit tous ses effets légaux par la réalisation du gage.

Lorsque le dommage résulte des actes qui ressortent de l'exercice même des fonctions du notaire, il a le plus souvent sa source dans un quasi-délit, c'est-à-dire dans un fait illicite, action ou omission, commis sans intention de nuire et qui nécessite une réparation. Quelquefois ce dommage provient de l'inaccomplissement d'un contrat ou d'un quasi-contrat, tels que le

(1) Cour de Gand, 25 juin 1892. *Rev. Not.*, n° 8773.

mandat ou la gestion d'affaires, dans ce cas la responsabilité reste soumise aux règles qui régissent ces contrats.

Quelle que soit sa cause il faut que ce préjudice soit imputable au notaire, qu'il provienne de sa faute ou de son dol. Il appartiendra aux juges d'apprécier si la partie demanderesse a éprouvé un préjudice et s'il existe un rapport de cause à effet entre la faute prétendue et le préjudice allégué (1). La faute est une négligence involontaire; le dommage qui en est résulté a été causé sans intention de nuire; il y a dol au contraire lorsque cette intention de nuire existe.

Mais de quelle faute doit répondre le notaire?

Le notaire de bonne foi, en tant que simple particulier, est tenu de la faute que ne commettrait pas un bon père de famille, c'est-à-dire de la *culpa levis in abstracto* (art. 1137 C. civ.); en tant qu'officier public il ne répond que des fautes qui résultent d'une erreur inexcusable, provenant soit de son impéritie, soit d'une négligence ou d'une imprudence appréciable, c'est-à-dire de sa faute lourde. Dans l'exercice de ses fonctions le notaire ne répond donc en principe que de sa faute lourde ou de son dol.

Le dol résulte de manœuvres déloyales pratiquées dans le but de causer au client un dommage pécuniaire; la faute lourde est assimilée au dol, en ce qu'elle dénote de la part du notaire une complète insouciance des in-

(1) Cass., ch. civ., 6 février 1894 (D. 94.1.192); — Cass., 10 janvier 1899 (*Pand. fr.* 1900.1.147); — Cass. req., 8 novembre 1899 (*Rev. Not.*, n° 10.447).

térêts d'autrui, alors qu'il se trouve par ses fonctions chargé d'y veiller.

Toutefois dans la pratique la partie lésée peut exercer une action contre le notaire, à raison d'une faute légère, ayant sa source dans l'erreur ou la négligence de ce dernier, et il appartient aux juges du fond de relever les faits qui peuvent constituer cette faute en vertu des articles 1382 et 1383 du Code civil, et de fixer le montant des dommages-intérêts suivant les circonstances, en considérant plutôt les conséquences de la faute que la nature de cette faute elle-même.

Lorsqu'il s'agit de la responsabilité résultant de l'omission des formalités exigées par l'article 68 de la loi du 25 ventôse an XI, nous verrons plus loin que le législateur a écarté le principe de la responsabilité absolue, et qu'il a donné aux juges par les mots « s'il y a lieu » le moyen de proportionner la responsabilité à la faute et de ne pas outrer les dommages-intérêts pour réparer un préjudice immense causé par une faute minime. Nous verrons en même temps que cette atténuation doit s'étendre également à la responsabilité de droit commun.

M. Lévy (1), dans une remarquable étude sur la responsabilité et le contrat fait découler la faute de la confiance légitime trompée et déclare que « les autres sont responsables envers nous dans la mesure où nous avons besoin d'avoir confiance en eux pour agir. »

Sa théorie de la responsabilité se ramène aux deux principes suivants : « Nous sommes responsables, dit-il,

(1) Emmanuel-Lévy. *Responsabilité et contrat*. — *Rev. crit. de législ. et de jurispr.* Juin 1899, p. 361 et s.

dans la mesure où les autres ont besoin d'avoir confiance en nous pour agir ; — et nous ne sommes pas responsables dans la mesure où nous avons besoin d'avoir confiance en nous-même pour agir. »

Il nous semble que cette théorie trouve une application très exacte en matière de responsabilité notariale. Lorsqu'un client s'adresse au notaire pour faire donner à un acte le caractère authentique, il met sa confiance en lui, en sa compétence spéciale à cet effet, car il est de l'essence même des fonctions notariales de conférer l'authenticité aux actes, et si par la faute du notaire les conditions de cette authenticité ne sont pas remplies, sa responsabilité se trouve engagée.

Le notaire est donc responsable en raison de la confiance qu'il inspire à son client, mais d'autre part, cet officier public qui exerce son activité au profit de ce dernier a besoin d'avoir confiance en lui-même pour agir, et si les tribunaux appliquaient dans toute sa rigueur le principe de la responsabilité, ils lui enlèveraient cette confiance qui lui est nécessaire pour remplir ses fonctions, et dont il a particulièrement besoin lorsqu'il se trouve par exemple en présence d'une question de droit difficile et controversée et qu'il est obligé de prendre parti ; ce serait porter atteinte à sa liberté que de le déclarer responsable alors qu'il a cru bien agir. Cette idée peut permettre aux juges de se montrer plus indulgents en matière de responsabilité notariale, elle explique que le notaire ne soit tenu que de sa faute lourde et confirme le sens que l'on donne généralement aux mots « s'il y a lieu » de l'article 68 de la loi de ventôse an XI, d'après lequel le principe de la responsabilité n'est pas absolu.

— Nous allons voir par quelques considérations historiques que notre droit actuel, au moins les premières lois sur le notariat, suivent les traditions de l'ancien droit.

Le droit romain édicte certaines pénalités contre le tabellion et le scribe (L. 29, C. VI. 23. -- L. 14 § 3, C. I. 2. — L. 6, C. V. 75); mais il n'y avait pas à Rome de notaire tel que nous l'entendons aujourd'hui : aussi ce n'est pas là que nous devons chercher l'origine de la responsabilité qui nous occupe.

Sous l'ancien régime la responsabilité notariale existait déjà, on n'y trouve pas de loi dans laquelle le principe de la responsabilité ait été posé; elle était régie seulement par des coutumes, des édits, des arrêts de règlements qui prescrivaient aux notaires certaines obligations et les condamnaient à des dommages-intérêts à raison de l'inaccomplissement des formalités qui leur étaient imposées pour la rédaction de leurs actes. Telles sont les coutumes qui obligeaient les notaires à indiquer dans leurs actes le lieu où il était fait (1), et qui leur défendaient d'instrumenter hors de leur ressort (2), et l'édit relatif à la garde des minutes (3). Nous trouvons encore des arrêts de règlements qui faisaient défense aux notaires d'instrumenter pour leurs parents (4), qui exigeaient la présence d'un second notaire

(1) Coutume de la Marche, art. 39. Cont. de Bourbonnais, art. 76.

(2) Coutume de Poitou, art. 378.

(3) Edit du 1^{er} décembre 1437.

(4) Août 1607, 14 janvier 1621, 8 juin 1637, 25 février 1647, 3 octobre 1703.

ou de témoins (1), et qui interdisaient de recevoir des actes hors de la présence des parties (2). (V. Pont. Rev, crit. 1855, t. 7 p. 51.)

Mais à cette époque la responsabilité civile des notaires ne fut jamais étendue aux nullités provenant du fond du droit.

Notre ancienne jurisprudence ne déclare le notaire civilement responsable, en tant qu'officier public, outre le cas de dol, qu'autant que par un défaut de formes, il n'a point « baillé à un acte l'authenticité. » Ce dernier n'était donc responsable que des nullités de forme, d'où provenait le défaut d'authenticité de l'acte; les nullités résultant d'erreurs tenant au fond du droit ne lui étaient pas imputables. C'était l'avis de M. Ferrière (Science parfaite des notaires, I, chap. 17), qui déclare « qu'il n'y a aucun doute que les notaires ne doivent pas être tenus des dommages-intérêts des parties, quand la nullité de leurs actes provient des dispositions du droit ou des coutumes, du fond du droit, de la capacité des parties, pourvu qu'il n'y ait point de dol ni de faute si lourde qu'elle mérite de passer pour dol. Ils ne sont passibles de ces dommages-intérêts que lorsque la nullité provient de la violation des prescriptions concernant particulièrement leurs fonctions et les formes essentielles de leurs actes. »

Et encore cette responsabilité n'avait lieu que dans le cas où la négligence ou l'impéritie du notaire était relative à une formalité positivement prescrite par les

(1) 4 décembre 1703, 13 septembre 1713.

(2) V. registre des bannières du Châtelet, arrêt de règlement du 19 août 1551.

ordonnances qui concernaient ses fonctions. Il y avait donc tendance à cette époque à restreindre la responsabilité notariale, elle ne s'étendait pas hors des cas prévus.

On peut donc dire que sous l'ancien régime, les notaires n'étaient pas responsables des nullités touchant au fond du droit, ils ne répondaient que des nullités provenant de leur fait personnel, de leur dol, de leur faute lourde, ils n'étaient pas tenus de leur faute légère (1).

Les lois du 29 septembre, 6 octobre 1791 et du 25 ventose an XI supposent la responsabilité admise et l'établissent d'après les anciens principes. La loi du 29 septembre, 6 octobre 1791, pose le principe de la responsabilité notariale en obligeant tout notaire à déposer, « à titre de garantie des faits de sa fonction un fonds de responsabilité en deniers. » L'article 68 de la loi du 25 ventôse an XI, formule expressément ce principe par ces mots : « sauf, s'il y a lieu, les dommages-intérêts contre le notaire contrevenant. »

En dehors de cette responsabilité qui dérive de ses fonctions, le notaire peut en encourir une autre s'il s'est fait le mandataire ou le negotiorum gestor des parties.

« La responsabilité d'un notaire, dit M. Planiol (2), ne peut avoir que deux sources, elle est professionnelle ou conventionnelle, selon que le notaire manque à une règle générale de sa profession ou à un engagement spécial pris envers un de ses clients. »

Si le notaire s'est fait le mandataire des parties,

(1) Ferrière. *Parfait notaire*, liv. I, ch. XXII.

(2) M. Planiol. Note sous Paris, 15 mars 1895. D. 96-2-145.

l'étendue de sa responsabilité varie suivant l'importance du mandat qu'il a accepté (articles 1137, 1992 c. civ.). S'il s'est fait le *negotiorum gestor* du prêteur, c'est-à-dire s'il s'est immiscé spontanément dans ses affaires, sans que celui-ci en ait eu connaissance, si ce n'est au cours de l'exécution (article 1372, c. civ.) le notaire sera tenu d'apporter dans ce cas tous les soins d'un bon père de famille et sera responsable des fautes que ne commettrait pas un administrateur diligent, c'est-à-dire de la *culpa levis in abstracto*.

Nous limiterons notre thèse en appliquant ces principes de la responsabilité civile des notaires spécialement en matière hypothécaire; nous aurons à parler principalement des placements hypothécaires, et nous verrons aussi, mais accessoirement, ce qui concerne la subrogation aux hypothèques, la renonciation à l'hypothèque légale de la femme, et l'inscription des privilèges de vendeur et de copartageant.

Nous étudierons dans une première partie la responsabilité professionnelle des notaires résultant de l'inaccomplissement des règles spéciales de leurs fonctions; puis dans une seconde partie nous verrons la responsabilité conventionnelle, qui dérive des obligations ayant leur source dans les contrats auxquels ils se sont soumis vis-à-vis de leurs clients, en qualité de simples particuliers.

Nous parlerons ensuite succinctement de l'action en responsabilité, destinée à procurer à la partie lésée la réparation du préjudice causé par le notaire.

PREMIÈRE PARTIE

Responsabilité professionnelle

CHAPITRE I^{er}

Principes de la responsabilité professionnelle.

« Il est dans la profession notariale deux sortes d'obligations : les unes légales déterminées par des textes de lois, les autres morales, indéfinies, résultant de l'importance de la fonction et de la confiance qu'inspire le notaire » (1).

Ce devoir moral du notaire ne saurait avoir une sanction pécuniaire, à moins qu'il n'y ait de sa part mauvaise foi, qu'il ne donne par exemple un mauvais conseil dans l'intention de nuire; dans ce cas, il y aura dol de sa part et il devra en répondre.

Les obligations légales sont celles qui sont écrites

(1) Avignon. *De la responsabilité civile des notaires envers leurs clients*. Grenoble, 1882.

dans la loi de ventôse an XI et dans divers textes de nos codes qui autorisent contre le notaire une action en responsabilité, tels sont les articles 1397 et 1597 du Code civil, et les articles 68 et 176 du Code de commerce.

Quant à la responsabilité, le principe en est reconnu par l'article 68 de la loi du 25 ventôse an XI qui est ainsi conçu : « Tout acte fait en contravention aux dispositions contenues aux articles 6, 8, 9, 10, 14, 20, 52, est nul, s'il n'est pas revêtu de la signature de toutes les parties; et lorsque l'acte sera revêtu de la signature de toutes les parties contractantes, il ne vaudra que comme écrit sous signature privée; sauf, dans les deux cas, s'il y a lieu, les dommages-intérêts contre le notaire contrevenant. »

Cette responsabilité résulte du manquement du notaire à ses devoirs professionnels, devoirs qui sont fixés par l'article 1^{er} de la loi du 25 ventôse an XI : « Les notaires sont les fonctionnaires publics établis pour recevoir tous les actes et contrats auxquels les parties doivent ou veulent faire donner le caractère d'authenticité attaché aux actes de l'autorité publique, et pour en assurer la date, en conserver le dépôt, en délivrer des grosses et expéditions. »

Cet article n'impose aux notaires qu'une mission restreinte; « les fonctions notariales, dit M. Planiol (1), comprennent d'autres obligations qui sont imposées par la jurisprudence et qui peuvent se résumer en deux formules : 1° le notaire doit s'abstenir de toute participation à des opérations illicites ou frauduleuses; 2° il doit

(1) M. Planiol, note déjà citée, page 8.

éclairer les parties sur les causes qui peuvent rendre l'acte nul ou dangereux pour elles. » Nous aurons à examiner ces deux règles dans le courant de cette étude.

Il importe de savoir d'où dérivent ces devoirs professionnels des notaires, autres que ceux qui sont écrits dans la loi de ventôse et quelle est la base et l'étendue de la responsabilité qui en découle pour le notaire. Sera-t-il uniquement responsable de son dol, de sa faute lourde et de l'inaccomplissement des formalités nécessaires pour la validité et l'authenticité des actes qu'il reçoit, en vertu de l'article 68 de la loi du 25 ventôse an XI; ou devra-t-il répondre en outre de sa faute légère, de son impéritie et de son imprudence, en vertu des articles 1382 et 1383 du Code civil? En d'autres termes, l'article 68 de la loi de ventôse est-il l'unique source de la responsabilité des notaires; ou faut-il appliquer en cette matière les règles du droit commun posées dans les articles 1382 et 1383 du Code civil?

Tel est l'exposé de la question à laquelle la doctrine a donné des solutions très diverses.

1° D'après un premier système, l'article 68 de la loi de ventôse consacrerait une dérogation complète aux articles 1382 et 1383 du Code civil, en vertu de la maxime : *Specialia generalibus derogant*, et lui seul réglerait la responsabilité professionnelle des notaires, et d'autre part, la formule « s'il y a lieu » devrait s'interpréter dans le sens de s'il y a dol ou faute lourde, conformément à la doctrine et à la jurisprudence de l'ancien régime.

Cette opinion a été soutenue en particulier par Pagès (*Respons. des notaires*, t. IX, 17); Paul Pont (*Rev. crit. de légis. et de jurisprud.*, 1855, t. VII); Defré-

nois (*Traité prat. et formulaire gén. du not.* n° 8125, IV), Avignon (*Des orig. du notar. et de la resp. des not. envers leurs clients. Thèse*, Grenoble, 1882).

M. Paul Pont a basé son opinion particulièrement sur les travaux préparatoires de la loi de ventôse, où il a relevé certains passages qui rattachaient expressément l'article 68 aux anciens principes. On a apposé à cette argumentation l'exposé des motifs de cette loi par Bigot de Préameneu, qui prouve que le législateur n'avait pas l'intention de distinguer entre les différentes espèces de fautes.

M. Paul Pont fait remarquer en outre que la loi procède par voie d'énumération, or les énumérations sont limitatives; il en tire la conséquence que la responsabilité civile du notaire résulte seulement de l'inobservation des devoirs imposés d'une manière formelle et limitative à sa profession. Il semble naturel en effet que le notaire, comme tout fonctionnaire public, connaisse d'une façon précise, en entrant en fonction, les obligations qui lui sont imposées, afin de pouvoir les accomplir; il ne serait pas juste de le charger d'une responsabilité qu'il n'a pas entendu assumer; il ne saurait y avoir de faute légale pour le notaire et partant responsabilité, que s'il fait ce que la loi lui défend ou omet ce qu'elle lui commande, en tant qu'officier public.

Mais cette énumération de l'article 68 n'est limitative que quant aux nullités qu'il prononce, en ce qui concerne la responsabilité, elle est purement énonciative.

On a prétendu aussi que la responsabilité était une peine et qu'à ce titre elle devait être restreinte aux cas

limitativement énumérés par la loi. Mais le caractère pénal ne saurait être attribué à la responsabilité, celle-ci a pour résultat en effet d'entraîner une condamnation aux dommages-intérêts, qui est une réparation purement civile, et si elle est la conséquence et la sanction d'une faute, c'est dans un intérêt privé qu'elle est prononcée, et non dans l'intérêt de la société.

Les auteurs partisans de cette théorie soutiennent encore que les articles 1382 et 1383 du Code civil ont particulièrement trait aux dommages purement matériels et non à ceux résultant de travaux qui sont du ressort de l'intelligence et qu'en conséquence ils n'ont pu abroger le droit spécial relatif au notariat. Il nous semble qu'il n'y a pas de distinction à faire entre les dommages matériels et ceux qui résultent des travaux de l'intelligence; la seule chose à considérer, lorsqu'il s'agit de réparation civile, est la question de savoir s'il y a un dommage appréciable sans s'occuper de sa cause.

Ce système aboutirait d'ailleurs à une indulgence véritablement excessive. En ne sanctionnant que les obligations énumérées dans l'article 68, elle laisserait sans sanction les articles 3, 4, 11, 15, 16, 18 de la loi de ventôse, que n'énumère pas cet article, et les textes du Code civil et du Code de commerce qui imposent également aux notaires certaines obligations; ce seraient là des conséquences inacceptables.

2° Dans un second système qui est le contrepied du précédent, les articles 1382 et 1383 seraient seuls applicables, ils auraient abrogé l'article 68 de la loi de ventôse en vertu de la maxime « *posteriora prioribus derogant.* » Les notaires seraient donc soumis à la res-

ponsabilité de droit commun et répondraient de leur faute même la plus légère.

Mais une loi générale ne déroge pas à une loi spéciale, « *specialia generalibus derogant* », à moins qu'elle ne l'abroge expressément ; or, aucun texte ne contient l'abrogation de l'article 68.

La Cour de Cassation le constate dans un arrêt du 27 novembre 1837 (S. 37.1.945) : « Attendu qu'il résulte de l'article 68 de la loi du 25 ventôse an XI que les notaires ne sont pas de plein droit et d'une manière absolue, responsables des nullités ayant pour cause les omissions ou irrégularités qu'ils commettent lors de la rédaction de leurs actes ; que cet article, en effet, ne les assujettit à des dommages-intérêts que s'il y a lieu. D'où il suit que la déclaration de nullité d'un acte n'entraîne pas nécessairement la responsabilité du notaire qui a fait cette nullité ; que les articles 1382 et 1383 du Code civil n'ont pas abrogé le droit spécial relatif au notariat et n'obligent pas les juges à rendre les notaires responsables, dans tous les cas, de la nullité de leurs actes. »

D'après cette opinion les mots « s'il y a lieu » ne seraient qu'un simple renvoi aux principes de la responsabilité quasi-délictuelle du droit commun, ils signifieraient seulement s'il y a dommage, et indiqueraient que le notaire ne peut encourir une responsabilité que s'il a causé un préjudice. C'est là une vérité évidente que le législateur se serait dispensé de formuler, s'il avait voulu donner ce sens à cette expression.

Ce système aboutit à imposer aux notaires une responsabilité écrasante, en les obligeant à la réparation de la faute la plus légère, de la plus petite négligence,

alors que la loi ne se montre pas aussi sévère pour les magistrats, qui cependant doivent avoir une science du droit plus profonde et dont le ministère est obligatoire pour les plaideurs. Le client, au contraire, est libre de son choix, il est donc en faute dans une certaine mesure d'avoir choisi un notaire ignorant, n'en résulte-t-il pas une responsabilité partagée, et dont ce dernier ne doit pas répondre seul ?

3^o M. Laurent (*Principes de droit civil*, tome XX, n^o 507 et suiv.) soutient une autre opinion, il reconnaît que l'article 68 de la loi de ventôse contient le principe fondamental de la responsabilité notariale, mais qu'il n'est pas limitatif et se réfère au droit commun pour les cas non prévus. Pour lui, le droit commun en matière de responsabilité notariale ne serait pas dans les articles 1382 et 1383 du Code civil, mais dans l'article 1137. Le notaire serait responsable non plus par suite d'un quasi-délit, mais en vertu d'un contrat passé entre lui et son client, il serait tenu de la faute dont tout débiteur est tenu, c'est-à-dire de la *culpa levis in abstracto*.

La responsabilité de l'article 1137 est moins étendue que celle des articles 1382 et 1383 du Code civil, qui rendent le notaire responsable de sa faute la plus légère.

Cette théorie de la responsabilité contractuelle ne peut d'ailleurs s'appliquer dans tous les cas ; en matière de testament par exemple, on ne saurait voir un rapport contractuel entre le notaire et le légataire ; la responsabilité serait donc régie ici par les articles 1382 et 1383 et il en résulterait cette conséquence injuste qu'elle serait plus étroite vis-à-vis d'un tiers que vis-à-vis d'un client.

M. Émond (1) qui a soutenu cette opinion à la suite de M. Laurent, a voulu faire disparaître cette anomalie en distinguant la responsabilité du notaire vis-à-vis d'un client et sa responsabilité vis-à-vis d'un tiers. Dans le premier cas, elle serait contractuelle et aurait pour base la violation du contrat de louage d'ouvrages; dans le second, elle serait quasi-contractuelle; le quasi-contrat résultant de la sollicitation par le notaire des fonctions notariales, le lierait envers tout le monde. Et dans les deux cas, il ne répondrait que de sa faute légère *in abstracto*, suivant l'article 1137 du Code civil.

Il nous semble qu'il n'y a pas à faire intervenir la notion de contrat, puisqu'il ne s'agit pas ici d'une convention d'intérêt privé, mais de l'exercice d'une fonction publique. D'ailleurs, cette idée de contrat tacite est inutile à notre avis pour expliquer la responsabilité du notaire, puisque cette responsabilité est basée sur la confiance que le notaire inspire à son client et que la faute qui en est la source a pour cause la confiance légitime trompée.

4° Dans une quatrième doctrine on a voulu faire dériver du mandat le principe de la responsabilité du notaire en tant qu'officier public, c'est la théorie du mandat légal. Elle a été soutenue par M. Troplong (*Du mandat*, t. 16, n° 227), et avec lui par Merlin (*Répertoire*, v° *Notaire*, § 6, n° 4), Championnière et Rigaud (*Traité des droits d'enregistrement*, n° 1482), et Éloy (*De la respons. des notaires*, nos 585 et 741).

D'après cette théorie, les notaires doivent non seu-

(1) Emond : *De la responsabilité civile des notaires*. Thèse, Paris, 1892.

lement remplir les formalités prescrites pour la régularité des actes instrumentaires, ils doivent en outre éclairer leurs clients, les diriger dans leurs affaires, veiller à la conservation de leurs droits et remplir eux-mêmes toutes les formalités nécessaires à cet effet.

Les partisans de cette doctrine ont invoqué à l'appui de leur opinion un arrêt de la Cour de Cassation du 27 janvier 1812 (S. 12. 1. 198. — D. 12. 1. 216) qui dit que les notaires sont des mandataires. Mais cette expression n'était employée ici qu'à titre accessoire, la jurisprudence n'avait pas pour but d'établir une théorie générale, mais seulement de permettre aux notaires de s'appuyer sur l'article 2002 du Code civil, afin d'obtenir à titre d'analogie une action solidaire pour le recouvrement de leurs frais et honoraires et de les soustraire en même temps à l'appellation de locatores operarum, préférant leur donner le titre de mandataires qu'à celui de locateurs d'ouvrages. Cette théorie fut reprise par la Cour de Cassation dans un arrêt du 24 juin 1840 (D. 40. 1. 259); dans lequel il est dit « que le notaire est le mandataire des parties pour recevoir leurs dispositions. » Et depuis la jurisprudence (1) a souvent appliqué cette doctrine qui fait que la fonction publique du notaire devient ainsi un mandat légal.

L'application de ce système impose aux notaires une responsabilité considérable, car comme mandataires ils répondent de leurs fautes les plus légères.

(1) V. Cass. 2 avril 1872 (*Rev. not.* 2572 et 2934). — Cass. 22 janv. 1890 (*Rev. not.* n° 2220). — Cass. 6 août 1890 (*J. not.* 1890, p. 570). — Cass. 7 mars 1894 (D. 94. 1. 176). — Cass. 11 juillet 1898 (*Rev. not.* n° 10.445). — Cass. 14 novembre 1899 (*Rev. not.* n° 10.444).

Ce titre de mandataire légal est d'ailleurs absolument contraire au texte de la loi et à son esprit, L'article 1^{er} de la loi de ventôse définit le notaire « un fonctionnaire public », or c'est en sa qualité de fonctionnaire public, nommé par le chef de l'Etat, qu'il agit, et comme dit M. Paul Pont (*Revue du notariat*, n° 181), « il est le mandataire de la loi, mais non le mandataire légal des parties. » Du reste il ne peut représenter les contractants qui figurent personnellement aux actes ou par l'intermédiaire de leurs fondés de pouvoirs, et d'autre part il serait obligé d'être le représentant de parties, le prêteur et l'emprunteur, qui ont des intérêts opposés.

Cela n'empêche pas que le notaire puisse cumuler ses fonctions avec celles de mandataire, comme il arrive dans la pratique ; mais c'est là une exception dont il ne faut pas faire une règle générale, et d'ailleurs ce mandat doit être prouvé par le client qui l'invoque contre le notaire pour augmenter l'étendue de sa responsabilité.

5° La majorité de la doctrine (1) se range à une cinquième opinion, qui est consacrée par une jurisprudence (2) à peu près constante.

(1) Bellanger, *De la respons. des notaires*, thèse, Paris 1892, p. 141. — Ernout, *De la respons. des not. dans les placements hypothécaires*, thèse Caen 1889, p. 158. — Bauby, *Tr. théor. et prat. de la resp. civ. des notaires*, Paris 1894, p. 32 et s. — Belenfant, *De la respons. des not. en mat. de prêts hypothéc.* thèse, Bordeaux 1898, p. 22. — Dalloz, *Répertoire V° Responsabilité* n° 134. — Demolombe, *Cours de code Napoléon*, XXI, p. 451-462. — *Encyclopédie du Notariat*, V. *Respons. notar.* nos 13 à 17. — Vergé, *De la respons. des notaires* n° 6, dans le *Formulaire du notariat* d'Ed. Clerc, p. 331.

(2) Cass. 13 avril 1869 (D. 71. 1. 147). — Cass. Req. 5 févr. 1872 (*Rev. not.* 3098). — Cass. 19 mai 1885 (D. 85. 1. 345). —

D'après cette doctrine, la responsabilité notariale est soumise à la loi générale des articles 1382 et 1383 du Code civil et à la règle spéciale de l'article 68 de la loi du 25 ventôse an XI combinées, mais avec un pouvoir discréditoire d'appréciation attribué aux juges sur la demande en dommages-intérêts.

L'article 68 est la règle fondamentale de la responsabilité des notaires ; la nullité de leurs actes, d'après cet article, n'entraîne pas de plein droit une condamnation, puisqu'elle ne donne ouverture à l'action en dommages-intérêts que « s'il y a lieu », c'est-à-dire si les juges reconnaissent à la charge du notaire une faute de nature à engager sa responsabilité.

Les mots « s'il y a lieu » s'appliquent donc à l'appréciation de la faute commise par le notaire, on pourrait les traduire par cette autre expression « suivant les circonstances ; » c'est en effet le sens qui leur est donné dans d'autres textes de loi, tels que les articles 71, 132 et 1031 du Code de procédure civile, et l'article 164 du Code d'instruction criminelle.

L'article 68, nous l'avons vu, n'est pas limitatif du moins quant à la responsabilité, il n'en prévoit pas tous les cas, c'est pourquoi les notaires se trouvent soumis à la règle générale des articles 1382 et 1383 du Code civil, qui s'applique à toute matière. On ne peut pas néanmoins leur imposer d'une façon absolue cette responsabilité étroite du droit commun ; si le notaire en effet commet des nullités dans les actes, c'est souvent par la faute des parties elles-mêmes qui l'ont induit en

Cass. 14 avril 1886 (D. 86. 1. 466, *Rev. not.* 7355) — Cass. 24 déc. 1888 (D. 89. 1. 465, *Rev. not.* 8056).

erreur, il y a là une question de fait à examiner par le juge.

Le législateur a inséré dans l'article 68 les mots « s'il y a lieu, » parce qu'il a voulu précisément restreindre la responsabilité notariale; il n'avait prévu dans cet article qu'un certain nombre de cas, mais il a posé en même temps son principe qu'il entendait bien voir appliquer dans tous les autres cas de responsabilité susceptibles de se présenter. Aussi nous croyons que les mots « s'il y a lieu » s'appliquent aussi bien à la responsabilité de droit commun des articles 1382 et 1383, qu'à celle qui est spécialement prévue par l'article 68.

C'est l'opinion de M. Demolombe (Cours de Code Napoléon t. XXXI n° 529) : « La responsabilité notariale, dit-il, est soumise en même temps à la loi générale des articles 1382 et 1383 et à la loi spéciale du 25 ventôse an XI, dont l'article 68 confère particulièrement aux juges un pouvoir discréditoire d'appréciation. »

Le contraire aboutirait à une inégalité choquante; les formalités les plus importantes prescrites aux notaires pour la validité de leurs actes, seraient les seules à bénéficier du palliatif de l'article 68, tandis que les simples négligences engendreraient contre le notaire la responsabilité la plus étendue.

En vertu de ce pouvoir discréditoire les juges pourront atténuer ou même refuser les dommages-intérêts, s'il y a lieu, suivant les circonstances de chaque espèce (1).

(1) *Rutgeerts et Amiaud*, t. 3, p. 1313.

Telle est donc l'opinion la plus généralement adoptée, elle consiste à faire dériver les devoirs professionnels du notaire, autres que ceux qui sont écrits dans la loi de ventôse et par suite la responsabilité qui résulte de leur inobservation, des articles 1382 et 1383 du Code civil.

M. Planiol (1) combat cette doctrine : « C'est se méprendre, dit-il à propos de ces articles, sur la valeur de ces dispositions qui n'établissent aucune obligation particulière et qui contiennent seulement la sanction des obligations établies par les lois et par les principes généraux du droit, en décidant que celui qui a causé un dommage par sa faute doit le réparer. » D'après cet auteur il n'y a pas de faute ici pour le notaire, puisqu'il n'y a pas d'obligation préexistante dérivant de devoirs qui lui soient imposés. Ces devoirs ne sont pas précisés, « on ne peut leur trouver d'autre base, dit-il, que la conception générale du notariat, conception nécessairement flottante, abandonnée aux discussions et aux appréciations variables des tribunaux, puisque la loi ne l'a pas précisée. »

Il nous semble qu'on arrive ainsi à un résultat analogue à celui qu'obtiennent les auteurs de la précédente opinion, et qui consiste à faire dériver la responsabilité notariale des articles 1382 et 1383, dont ils tempèrent la rigueur en laissant aux juges la plus grande liberté d'appréciation.

Qu'il n'y ait pas de devoirs précis imposés aux notaires cela n'empêche pas qu'il y ait faute, car il existe

(1) Planiol, note déjà citée sous arrêt de la Cour de Paris, du 15 mars 1895 (D. 96. 2. 145).

entre le notaire et son client un rapport de confiance, qui est la source d'une faute à la charge du notaire, lorsque cette confiance sur laquelle le client avait le droit de compter, est trompée (1). L'étendue de cette faute est laissée à l'appréciation des tribunaux, qui devront tenir compte, à notre avis, pour son évaluation, non seulement de la confiance que le notaire inspire à son client, mais en outre de celle que le notaire a besoin d'avoir en lui-même pour remplir ses fonctions, confiance qu'il faut respecter si l'on ne veut pas porter atteinte à sa liberté. En s'inspirant de cette idée dans les multiples décisions qu'ils ont à rendre sur la responsabilité des notaires, les magistrats se mettraient en garde contre une sévérité exagérée dont la conséquence est d'enlever aux citoyens leurs garanties les plus précieuses en détournant du notariat les hommes les plus capables, sans être portés cependant à une trop grande indulgence vis-à-vis du notaire dont la négligence et l'impéritie auraient compromis les intérêts qui lui étaient confiés.

Nous devons appliquer ces principes à la responsabilité du notaire en matière hypothécaire, en nous plaçant dans l'hypothèse où le notaire instrumente sans sortir de son rôle d'officier public et est uniquement le rédacteur des conventions des parties.

Pour rechercher les fautes qui peuvent engendrer la responsabilité professionnelle du notaire, nous nous placerons d'abord au point de vue de l'accomplissement des obligations prescrites par la loi de ventôse et relatives à la validité et à l'efficacité des actes, nous nous

(1) V. Lévy, *Opere citato*, p. 4.

occuperons à ce propos des nullités de formes et des nullités de fond; puis nous verrons les fautes que les notaires peuvent commettre en participant à des opérations illicites ou frauduleuses et celles qui résultent de leur obligation d'éclairer les parties.

CHAPITRE II

Responsabilité des notaires relative à la validité et à l'efficacité des actes.

SECTION I^{re}.

NULLITÉS DE FORMES.

La responsabilité qui s'attache à la forme des actes est la plus naturelle et la plus nécessaire, car le fondement et l'essence même de la fonction notariale est de rédiger un acte dans les formes indispensables à sa validité et de donner aux volontés des parties l'authenticité et la force exécutoire.

« Le notaire serait inexcusable, soit d'ignorer les formalités instrumentaires des actes, que par sa fonction, il est appelé à dresser, soit d'en omettre l'observation par distraction ou inattention. » (Demolombe, t. 31 n° 532.)

Cette responsabilité à raison de la nullité d'un acte affecté d'un vice de forme n'est pas contestable, puisqu'elle est prononcée expressément par l'article 68 de la loi de ventôse; toutefois elle n'est prononcée que s'il y a lieu, comme nous l'avons vu.

Il est vrai qu'en matière hypothécaire la responsabilité du notaire sera plus grande, si, par suite de la nullité de l'acte contenant l'affectation hypothécaire, il fait perdre au créancier la garantie du remboursement. L'hypothèque en effet en vertu de l'article 2127 du Code civil, ne peut être constituée que par acte notarié, et si cet acte est nul pour vices de formes, il ne peut valoir comme écrit sous-seing privé, fût-il revêtu de la signature de toutes les parties. La responsabilité est la même en matière d'actes contenant subrogation à l'hypothèque légale de la femme, puisque suivant l'article 9 de la loi du 23 mars 1855 cette subrogation doit également être faite par acte authentique.

Les notaires ont donc un monopole en ce qui concerne les actes constitutifs d'hypothèque, et ici ce monopole est absolu ; les parties ne peuvent pas établir une hypothèque en contestant la créance devant le juge de paix, bien que le procès-verbal de conciliation dressé par le greffier soit aussi un acte authentique, mais il a seulement force d'obligation privée, il n'a pas la force hypothécaire. — Ce monopole n'est plus aussi absolu en ce qui concerne la subrogation à l'hypothèque légale de la femme ; dans ce cas la loi exige un acte authentique et non pas un acte notarié, par conséquent la renonciation de la femme à son hypothèque légale pourrait être faite par convention judiciaire en présence du juge ; cependant dans la pratique elle est faite le plus souvent par acte notarié.

On a donné comme raison de cette exigence, que la présence du notaire était une garantie et un moyen d'éviter les erreurs qui, en cette matière, ont de très graves conséquences.

C'est là un motif qui justifierait le monopole des notaires, mais nous croyons que celui-ci s'explique plutôt historiquement. — Au ^{xiii}^e siècle l'hypothèque se pratiquait sous le nom d'*obligatio bonorum*, qui consistait en une convention spéciale, par laquelle le débiteur obligeait ses biens et permettait au créancier de les vendre pour se payer. Il y avait une sorte de constitution de gage sans dépossession du débiteur. Primitivement cette convention pouvait être faite par acte privé aussi bien que par acte public, mais à partir du ^{xvi}^e siècle, les auteurs n'admettent plus l'acte privé pour la constitution de l'hypothèque; Dumoulin exige pour l'hypothèque un acte public ou notarié (1).

Cette *obligatio bonorum* de l'ancien droit est l'origine du mot « obligation », qui sert encore à désigner dans les études de notaires les actes contenant une constitution d'hypothèque.

L'acte notarié a donc conservé le privilège qu'il avait dans l'ancien droit, mais en perdant une partie de sa force. Autrefois il emportait de plein droit hypothèque tacite et générale sur les biens du débiteur sans stipulation expresse, comme les jugements; la clause hypothécaire y était de style, et on la sous-entendait, tandis qu'aujourd'hui l'acte notarié n'emporte hypothèque que s'il contient une stipulation expresse.

Ce monopole des notaires pour les actes constitutifs d'hypothèque est une cause aggravante de leur responsabilité, ils doivent apporter d'autant plus de soin à leur rédaction que seuls ils peuvent les rendre efficaces.

(1) V. M. Planiol dans son cours sur le *Régime hypothécaire*, années 1897-1898.

§ 1^{er}. — *Formalités intrinsèques.*

Le notaire devra d'abord faire en sorte de remplir toutes les formalités établies par la loi de ventôse pour la validité des actes authentiques ; sa responsabilité se trouve limitée à cette loi en ce qui concerne la forme des actes.

Nous n'insisterons pas particulièrement sur les conditions de formes nécessaires pour la validité d'un acte constitutif d'hypothèque, qui sont celles de tous les actes notariés en général, le contrat d'hypothèque conventionnelle n'étant soumis à aucune formalité spéciale.

Il devra donc être reçu par deux notaires ou par un notaire et deux témoins en vertu de l'article 8 ; l'acte constitutif d'hypothèque n'est pas de ceux pour lesquels la présence réelle du notaire en second ou des témoins est exigée. La loi du 21 juin 1843 a énuméré en effet les actes pour lesquels la présence réelle était nécessaire, la constitution d'hypothèque ne fait pas partie de cette énumération qui est limitative.

L'acte constitutif d'hypothèque devra en outre énoncer les noms et lieu de résidence du notaire et ceux des témoins instrumentaires et aussi le lieu, l'année et le jour où il sera passé (art. 12). — Il sera écrit en un seul et même contexte sans blanc ni abréviation, il contiendra les noms, prénoms, qualités et demeures des parties et des témoins certificateurs, etc. (art. 13). — Il sera signé par les parties, les témoins et les notaires qui

doivent en faire mention à la fin de l'acte (art. 14). — Les renvois et apostilles ne pourront être écrits qu'en marge et seront signés ou parafés par les notaires et autres signataires, etc. (art. 15). — Il n'y aura ni surcharge, ni interligne, ni addition dans le corps de l'acte, les mots rayés comme nuls seront constatés à la fin de l'acte et approuvés de la même façon que les renvois (art. 16).

Les notaires devront garder la minute de tous les actes qu'ils recevront (art. 29), et ils ne pourront en donner connaissance qu'aux personnes intéressées en nom direct, héritiers ou ayants-droit (art. 23). — Ils en délivreront des grosses et expéditions (art. 21).

En outre les actes notariés peuvent être entachés de nullité pour incompétence de l'officier qui les reçoit. En ce qui concerne l'obligation hypothécaire, il ne saurait y avoir incompétence *ratione materiæ* du notaire, puisque les notaires sont seuls capables de recevoir les contrats d'hypothèque conventionnelle, conformément à l'article 2127 du Code civil. Il pourrait y avoir incompétence *ratione loci*, dans le cas où le notaire instrumente en dehors du ressort pour lequel il est assermenté, en vertu des articles 5 et 6 de la loi de ventôse.

Nous verrons en parlant des nullités de fond que les notaires peuvent être incompétents *ratione personæ*, lorsqu'ils agissent contrairement à l'article 8 de la même loi, qui leur interdit de recevoir des actes dans lesquels leurs parents ou alliés sont parties ou qui contiennent des dispositions en leur faveur.

Il résulte de l'article 68 de la loi de ventôse que la responsabilité du notaire rédacteur d'un contrat d'hypothèque se trouverait engagée, s'il négligeait de remplir

une des formalités qui lui sont expressément imposées par les textes précédents.

§ II. -- *Formalités extrinsèques.*

La loi de ventôse indique bien quelles conditions le notaire doit remplir pour donner à l'acte l'authenticité, mais elle ne parle pas des formalités extrinsèques, qui sont postérieures à la réception de l'acte.

La loi du 22 frimaire an VII, art. 29 et 33 et celle du 16 juin 1824 déclarent le notaire responsable du défaut d'enregistrement d'un acte à l'égard du Trésor. Dans le cas où le défaut d'enregistrement se produira vis-à-vis d'un acte constitutif d'hypothèque, il sera responsable en outre à l'égard des parties qui, faute de titre seront dans l'impossibilité de faire inscrire leur hypothèque, car les notaires ne peuvent délivrer des expéditions des actes non enregistrés ; et d'autre part le conservateur des hypothèques se refuse à prendre l'inscription en vertu d'un acte qui n'est pas revêtu de la formule d'enregistrement. Le notaire sera ainsi indirectement responsable du défaut d'inscription, mais sa responsabilité ne provient pas de ce qu'il a omis de la prendre lui-même.

A côté de l'enregistrement qui est une formalité extrinsèque prescrite par la loi et commune à tous les actes notariés en général, il existe, en ce qui concerne les actes contenant affectation hypothécaire, des formalités spéciales et complémentaires nécessaires pour donner à l'hypothèque toute son efficacité, pour lui

faire produire son effet légal. Sans doute l'hypothèque est valable entre les parties, par cela seul qu'elle est constatée par acte authentique, mais elle n'est pas opposable aux tiers tant qu'elle n'a pas été rendue publique par une inscription sur les registres du conservateur.

Ces formalités ne sont pas imposées par la loi aux notaires, aussi la question se pose de savoir s'ils sont tenus par la nature de leurs fonctions et en tant qu'officiers publics, de remplir les formalités complémentaires des actes constitutifs d'hypothèque, et sont responsables, suivant l'expression plus générale des rédacteurs du *Dictionnaire du Notariat* (1), des suites de leurs actes.

Les partisans de la théorie du mandat légal répondent par l'affirmative; pour eux le notaire, étant mandataire légal des parties, reste chargé à ce titre de toutes les formalités relatives à l'efficacité ou à l'exécution de l'acte qu'il reçoit.

La Cour de Paris défendit cette doctrine dans deux arrêts du 18 janvier 1854 (S. 55.2.705) et du 13 juin 1854 (S. 54.2.695), par lesquels elle condamnait le notaire à des dommages-intérêts pour avoir omis d'inscrire une hypothèque ou un privilège de copartageant en l'absence de tout mandat. « Attendu, disait-elle, que le devoir du notaire ne consiste pas seulement à remplir les formalités prescrites pour la régularité de l'acte qu'il reçoit; il doit encore veiller à l'accomplissement des conditions nécessaires pour conserver les droits des parties. »

Ce système fut heureusement condamné l'année suivante par la Cour de Cassation, le 14 février 1855

(1) *Dictionn. du Not. V Respons. des not.*, n° 341.

(D. 55.1.170. — S. 55.1.171). Cette décision fut rendue sur le rapport de M. le conseiller Hardouin qui s'exprimait en ces termes : « C'est un principe consacré par la jurisprudence et placé désormais hors de toute controverse que les notaires ne sont pas tenus aux termes de la loi de leur institution de remplir les formalités destinées à assurer l'efficacité ou l'exécution des actes qu'ils reçoivent. » Elle devint le point de départ d'une jurisprudence constante.

Il résulte de cette décision et de l'avis de la grande majorité des auteurs (1) que les notaires ne sont pas mandataires légaux des parties pour donner suite aux actes qu'ils reçoivent et accomplir les formalités extrinsèques, et particulièrement en matière d'actes constitutifs d'hypothèque ils ne sont pas tenus de prendre les inscriptions, ni de faire les radiations ou renouvellements d'inscriptions, ni d'opérer la transcription et de remplir les formalités de la purge, formalités nécessaires non pour la validité de l'acte lui-même, mais pour la conservation des droits qu'il confère.

Il ne sont responsables de l'omission de ces formalités ou opérations subséquentes que s'ils ont été spécialement chargés d'y pourvoir.

Decourdemanche dans son traité sur « *le Danger de*

(1) Aubry et Rau, t. 3, § 270, note 15; — Pont, *Rev. crit.*, 1855, t. 7, p. 35; — Laurent, t. 27, p. 361; — Eloy, *op. cit.*, t. 2, n° 806, 812, 854; — Clerc, Dalloz et Vergé, 8^e édit., n° 214 et s.; — Didio, *Encyclop. du Notar.*, v° *Respons. des not.*, n° 328 et s.; — *Dictionn. du Not.*, v° *Respons.*, n° 341; — Rolland de Villargues, *Répert.*, v° *Resp. des not.*, n° 202 et s.; — Dalloz, *Rép.* v° *Resp. des not.*, n° 368-370; — Bauby, *Tr. th. et prat. de la resp. civ. des not.*, p. 129.

prêter sur hypothèque ou vues d'amélioration du régime hypothécaire », émet cependant un avis contraire. Il pensait que les notaires devraient être chargés sous leur responsabilité de faire inscrire les actes qu'ils reçoivent. « Les bordereaux d'inscription, disait-il, ne devant comprendre que des extraits d'actes, on a pensé que ceux qui les avaient rédigés seraient plus que tout autre, capables de réduire ces actes à ce qu'ils auraient de substantiel. On ne doit charger le simple particulier de remplir des formalités que lorsqu'on est dans l'impossibilité de les imposer à des officiers publics. Les droits des citoyens doivent se conserver d'eux-mêmes, la loi doit veiller pour eux. »

Mais c'est là une opinion isolée et nous nous rangeons à la précédente, qui a été consacrée d'ailleurs par la jurisprudence (1) en ce qui concerne l'inscription de l'hypothèque, avant même que la Cour de Cassation ne condamnât la théorie du mandat légal, qui avait été admise par la Cour de Paris en 1854.

Les tribunaux se sont prononcés dans le même sens pour l'inscription des privilèges. Nous citerons spécialement un arrêt de la Cour de Cassation du 18 novembre 1895 (*Rev. not.*, n° 9718), dans lequel il s'agissait du cas où un notaire rédacteur d'un acte d'emprunt hypothécaire contracté par deux codébiteurs solidaires, avait reçu du créancier le mandat de veiller à l'inscription de l'hypothèque conférée par l'un deux; il n'était donc ni le mandataire, ni le gérant d'affaires de l'autre codébiteur solidaire, et par conséquent il n'était pas tenu

(1) Cass. Req., 4 juillet 1847 (D. 47.1.350); — Paris, 26 juin 1852 (S. 54.2.695); — Orléans, 18 janvier 1879 (*Rev. not.*, n° 5780).

vis-à-vis de lui de remplir cette formalité. Le notaire avait apporté un retard dans l'exécution de son mandat, et ce codébiteur solidaire exerçait une action en responsabilité contre lui à raison de l'insolvabilité de son coobligé, provenant de nouveaux emprunts que ce dernier avait contracté dans l'intervalle entre la réception de l'obligation et la prise de l'inscription, car le recours qu'il exerçait contre son codébiteur en qualité de subrogé aux droits du créancier, pour le paiement fait au-delà de sa part dans la dette, demeurait inefficace par suite de la déconfiture de celui-ci survenue postérieurement au prêt. La Cour cassa l'arrêt qui condamnait le notaire, en se basant sur ce fait que cet officier public n'était ni le mandataire, ni le gérant d'affaires du codébiteur poursuivant, lors de l'emprunt que ce dernier avait contracté solidairement avec son coobligé, et n'était pas responsable par conséquent vis-à-vis de lui du retard apporté dans la prise de l'inscription (1). D'autre part, le codébiteur qui poursuivait le notaire, ne pouvait pas se prévaloir du retard apporté par lui à l'accomplissement d'une obligation née d'un contrat auquel il n'était pas partie, en vertu de la règle que les conventions n'ont d'effet qu'entre ceux qui y ont pris part.

La jurisprudence s'est prononcée dans le même sens pour le renouvellement des inscriptions à la suite d'un acte de prêt (2); et en ce qui concerne les formalités de

(1) En ce sens également : Cass. Req., 18 janv. 1892 (D. 92.1.454); Pau, 20 juin 1892 (D. 93.2.161); — Cass., 5 fév. 1896 (*Rev. not.*, n° 9698. D. 96.1.26); — Dijon; 8 déc. 1897 (D. 99.2.115).

(2) Trib. civ. Seine, 24 avril 1868 (*Rev. not.*, n° 2159); — Paris, 8 nov. 1894 (*Rev. not.*, n° 9372).

la purge, alors même que le notaire aurait procédé à la transcription de l'acte reçu par lui et qui donne lieu à purge (1).

Le notaire ne répond donc pas en principe de l'omission de ces formalités qui sont indépendantes de la réception des actes ; mais il en serait responsable, s'il avait reçu mandat des parties à cet effet ou s'il était *negotorium gestor* de ses clients, ainsi que nous le verrons plus tard.

Dans la pratique d'ailleurs le plus souvent, les notaires se chargent de remplir eux-mêmes ces formalités, et la jurisprudence a tendance à se montrer très facile dans l'admission des preuves susceptibles d'établir à leur charge un mandat ou une gestion d'affaires, de sorte que tout en n'admettant pas ici la théorie du mandat légal, elle arrive en fait aux mêmes conséquences.

En cette matière, il peut se présenter une difficulté ; il arrive souvent que les conventions des parties sont arrêtées devant le notaire avant d'être rédigées ; dans ce cas, le notaire qui a accepté de plusieurs créanciers le mandat de faire inscrire les hypothèques garantissant leurs créances contre le même débiteur et consenties en vertu de conventions portant des dates différentes, conventions préparées et arrêtées plusieurs jours avant d'être constatées par acte authentique, peut-il prendre ces inscriptions en tenant compte de la date des conventions et non de celle des actes ?

La Cour de Bordeaux (2) s'est prononcée pour l'affirmative et sa décision nous semble très équitable ; mais

(1) Cass., 22 février 1897 (S. 97.1.454).

(2) Bordeaux, 6 mars 1895 (*Rev. not.*, n° 9393).

les notaires ne devront pas s'en faire une règle de conduite, et pour plus de sûreté ils ne devront mettre aucun retard à prendre l'inscription sur les biens du débiteur, lorsqu'ils en auront accepté le mandat; ils s'exposeraient autrement à encourir une responsabilité à raison de leur négligence, s'ils nuisaient à la garantie du créancier.

SECTION II.

NULLITÉS DE FOND.

A côté des conditions de forme qui sont requises pour la validité des actes notariés, la loi de ventôse prévoit des conditions de fond, dont l'absence compromettrait l'existence de la convention plutôt que de l'acte lui-même; ces conditions se rattachent à la personne du notaire ou à celle des parties et des témoins. La nullité de la convention peut aussi être la conséquence des erreurs de droit que le législateur n'a pas prévues et dont l'appréciation est laissée aux juges.

§ 1^{er}. — *Nullités de fond résultant des vices inhérents à la personne du notaire ou des parties.*

Nous avons dit plus haut que le notaire ne pouvait pas être incompetent, *ratione materiæ* en ce qui concerne les actes constitutifs d'hypothèque, puisque seul il a le droit de les recevoir; quant à l'incompétence,

ratione loci qui a pour cause l'exercice des fonctions notariales en dehors du ressort fixé aux notaires par l'article 5 de la loi de ventôse, elle ne rentre pas dans le cadre de notre sujet; nous parlerons seulement de l'incompétence, *ratione personæ* résultant de la parenté ou de l'alliance du notaire ou de son intérêt personnel.

L'article 8 de la loi du 25 ventôse an XI décide que « les notaires ne pourront recevoir des actes dans lesquels leurs parents ou alliés en ligne directe à tous les degrés, et en collatérale jusqu'au degré d'oncle ou de neveu inclusivement, seraient parties ou qui contiendraient quelques dispositions en leur faveur. »

On craint que le notaire n'oublie ses devoirs professionnels pour favoriser ses parents et n'ait pas toute l'impartialité désirable.

Une difficulté se présente en matière de placements hypothécaires. Un notaire beau-frère de la femme du prêteur, marié sous le régime de la communauté de biens, peut-il recevoir un acte de prêt, lorsque les deniers prêtés proviennent de la communauté? — Un jugement du Tribunal de Mirecourt du 11 août 1893 (*Rev. not.*, n° 9050) se prononce pour l'affirmative, en se basant sur ce que, la femme n'étant pas partie à l'acte, le notaire parent de celle-ci peut le recevoir. Il nous semble que cette solution n'est pas fondée; la femme en effet belle-sœur du notaire peut retirer un bénéfice ou éprouver un préjudice du placement effectué par son mari, car elle est copropriétaire des deniers prêtés qui font partie de la communauté.

Le notaire tombe donc sous le coup de l'article 8 de la loi de ventôse et il peut être déclaré responsable

d'avoir reçu l'acte dans de telles conditions, et d'en avoir ainsi causé la nullité.

Telle est l'opinion à peu près unanime des auteurs (1). Nous nous rangeons à cette manière de voir, adoptée d'ailleurs par un arrêt de la Cour de Poitiers du 17 mai 1889 (*Rev. not.*, n° 8162) qui a conclu dans un sens diamétralement opposé à la solution admise par le Tribunal de Mirecourt, que la femme mariée sous le régime de la communauté doit être réputée partie à l'acte dans lequel le mari figure comme prêteur, alors que les deniers proviennent de la communauté. — La femme est partie à l'acte puisqu'elle est copropriétaire pendant le mariage des biens de la communauté et que le mari contracte pour elle en même temps que pour son compte personnel ; elle y est intéressée également car elle profitera pour moitié avec son mari du placement effectué et elle en supportera les charges qui pourront en résulter. Il est en effet admis aujourd'hui à peu près universellement (2) que la femme commune en biens acquiert, dès le jour du mariage, un droit de copropriété sur les biens composant l'actif de la communauté, droit qui est subordonné à la condition résolutoire de sa renonciation à cette communauté.

Il est vrai, et c'est l'argument qu'invoquait le Tribunal de Mirecourt, que le mari agit seul vis-à-vis des

(1) V. Roll. de Villargues. *Moniteur du Notariat*, 1855, p. 309 ; — Defrénois. *Traité pratique*, 7^e édit., n° 720 ; — *Encyclop. du Notar.*, v° Not. n° 799.

(2) En ce sens Aubry et Rau, t. 5 § 505, note 4, p. 278 ; — Caen, 17 mars 1882 *Gaz. Pal.*, t. 3, p. 50.

tiers, mais comme les droits qu'il fait valoir en tant que chef de la communauté appartiennent pour moitié à sa femme, il en résulte qu'il agit en partie pour son propre compte et en partie pour le compte de sa femme, ce qui aboutit à la faire considérer comme partie à l'acte dans le sens de l'article 8 de la loi de ventôse.

Doit-on en conclure que le notaire est responsable de la nullité de l'acte qu'il était incapable de recevoir à raison de sa parenté avec l'une des parties? S'il n'y avait eu aucun doute sur le point de savoir si la femme du prêteur était partie à l'acte, il est certain que le notaire eut dû être déclaré responsable pour avoir prêté son ministère, alors qu'il était incompétent; mais comme dans la circonstance la question était controversée, il nous semble que la responsabilité ne devait pas être prononcée contre lui.

— Bien que l'article 8 de la loi de ventôse ne parle pas de l'incompétence du notaire pour les actes dans lesquels il est partie lui-même, la jurisprudence a étendu à cet officier public la prohibition édictée pour ses parents. En effet si le notaire ne peut recevoir un acte dans lequel ses parents ou alliés sont parties, *a fortiori* doit-il être incompétent lorsqu'il y est intéressé personnellement, car il ne présente plus des garanties suffisantes.

Un notaire peut être réputé avoir un intérêt personnel dans l'acte qu'il reçoit, lorsque la convention qu'il constate forme, avec une autre convention dans laquelle il était partie et dont l'acte a été par cette raison passé devant un autre notaire, une affaire unique fractionnée en plusieurs opérations distinctes pour éluder la loi. Ainsi dans le cas où des prêts d'argent faits par plusieurs prêteurs au même emprunteur sous des conditions

identiques et corrélatives, sont déclarés constituer un prêt unique quoiqu'ils aient été faits par actes séparés ; si le notaire qui a figuré comme prêteur dans l'un de ces actes reçoit les autres, ces autres actes doivent être réputés reçus par un notaire y ayant un intérêt personnel, par conséquent ils sont nuls en tant qu'actes authentiques et dès lors comme actes constitutifs d'hypothèques (1). De même l'acte où ce notaire était partie en qualité de prêteur est également privé d'authenticité, si l'autre notaire qui l'a reçu se trouvait lui-même au nombre des prêteurs dans l'un des actes corrélatifs à celui passé devant lui.

Ces divers actes de prêt sont réputés contenir des clauses corrélatives lorsque, dans chacun d'eux, le prêteur a stipulé un droit de concurrence hypothécaire avec les autres prêteurs, quelles que soient les dates des inscriptions respectives, et que l'emprunteur s'est réservé le droit d'employer le prix d'un des biens hypothéqués à payer par priorité un seul de ses créanciers, avec obligation pour les autres de donner mainlevée de leurs inscriptions sur le même bien, de telles clauses ne liant réciproquement les prêteurs que par le rapprochement des divers actes de prêt où chacun d'eux les a acceptées. Peu importe que ces clauses doivent profiter ou non au notaire rédacteur et en même temps créancier hypothécaire, il a un intérêt éventuel qui suffit pour le rendre incapable de recevoir l'acte duquel résulte cet intérêt.

Le notaire serait encore réputé partie à un acte de prêt hypothécaire, s'il l'avait accepté en l'absence du

(1) Cass. req., 4 août 1864 (D. 64.1.437).

prêteur pour le compte de celui-ci, car il est devenu par cette acceptation partie intégrante à l'acte, et ces deux qualités sont incompatibles (1). Il serait également incompétent pour recevoir un acte de prêt destiné à procurer à son débiteur les fonds nécessaires pour lui rembourser sa créance (2).

En ce qui concerne la personne des parties, la loi de ventôse, article 11, n'impose aux notaires que l'obligation de vérifier leur identité : « Le nom, l'état et la demeure des parties devront être connus des notaires ou leur être attestés dans l'acte par deux citoyens connus d'eux, ayant les mêmes qualités que celles requises pour être témoins instrumentaires. »

Dans la rédaction même de l'acte, le notaire répond de la vérité des faits qu'il déclare personnellement, mais en principe lorsqu'il reçoit les déclarations des parties, il garantit le fait de la déclaration, non le fait déclaré; il y a exception toutefois lorsqu'il s'agit de l'identité des parties, dans ce cas particulier la loi lui impose spécialement l'obligation de s'assurer de l'exactitude du fait déclaré. En conséquence, l'omission des moyens prescrits par l'article 11 de la loi de ventôse pour établir l'identité des parties, est pour le notaire une faute et une source de responsabilité, soit envers le client qui, trompé par une supposition de personnes, souffre de la nullité de l'acte auquel il a comparu, soit envers les tiers qui ont agi sur la foi de cet acte (3). En faisant intervenir les témoins certificateurs, conformé-

(1) Cour de Rennes, 7 décembre 1866 (*Rev. not.*, n° 4910).

(2) Trib. Bar-sur-Seine, 14 décembre 1887 (D. 90.2.285).

(3) Dal. *Supplém. au Rép.* v. *Responsabilité*, nos 496 et s.

ment aux prescriptions de cette loi, le notaire dégagera sa responsabilité (1).

Les notaires sont-ils tenus de vérifier la capacité des parties comme leur individualité? La loi de ventôse ne leur impose pas l'obligation de s'assurer des qualités des parties et de leur capacité de contracter; en employant le mot « état » l'article 11 n'a entendu parler que des désignations propres à établir l'individualité des parties. « En principe, dit Ferrière (2), c'est aux contractants à s'assurer de la capacité de ceux avec qui ils traitent. » Il faudra donc en cette matière faire la preuve contre le notaire d'une faute dont la gravité sera laissée à l'appréciation du juge.

Mais cette responsabilité ne fera pas de doute, lorsque le notaire aura accepté le mandat de vérifier dans l'intérêt de son client cette capacité (3).

Il est des cas cependant où la loi oblige le notaire d'une façon plus ou moins expresse à vérifier l'existence de la capacité ou de la qualité des parties qui procèdent à l'acte auquel il est chargé de donner l'authenticité. Ainsi le notaire est responsable lorsqu'il se contente d'une procuration sous seing privé de la part du mandataire chargé de consentir une constitution d'hypothèque (4). Dans ce cas, le mandat doit être au-

(1) Cour de Riom, 2 mars 1896 (*Circul. trimestr. du Comité des notaires des départements*, t. XII, n° 232, p. 398), confirmé par un arrêt de Caen du 25 juillet 1898 (D. 98.1.515).

(2) Ferrière. *Parfait notaire*, liv. 1^{er}, chap. xvii.

(3) Cass. req., 31 mars 1862 (D. 62.1.330). — Dalloz, *Répertoire*, v° *Responsabilité*, n°s 406 et s.).

(4) Cass. req., 24 mai 1886 (D. 86.1.222). — Cass., 6 janvier 1890 (*Rev. Not.*, n° 8221. D. 90.1.25).

thentique, ainsi que l'exige d'une façon constante la jurisprudence depuis de nombreuses années. Cette authenticité est exigée en vue de protéger la libre manifestation de la volonté de celui qui confère procuration ; aussi l'hypothèque consentie en vertu d'un mandat sous seing privé est nulle et cette nullité entraîne la responsabilité du notaire.

Néanmoins à une époque où la doctrine enseignait la validité d'une constitution d'hypothèque en vertu d'un mandat sous seing privé et où la jurisprudence était indécise sur ce point, il a été jugé que le notaire ne répondait pas de la nullité d'une hypothèque constituée dans ces conditions (1), car comme nous le verrons plus loin, on ne peut rendre le notaire responsable de son erreur, lorsqu'il s'agit d'un point de droit controversé.

A plus forte raison, la responsabilité civile serait légitimement prononcée contre le notaire à raison de la nullité de l'hypothèque consentie par un prétendu mandataire, au profit duquel n'existait pas de mandat, pour n'avoir pas exigé de ce dernier la justification de ses pouvoirs (2).

Cette difficulté peut se présenter spécialement lorsque la constitution d'hypothèque porte sur des immeubles appartenant à une société commerciale. Le notaire qui reçoit une hypothèque consentie au nom d'une société anonyme, par le directeur de la société, qui n'est point administrateur et qui n'a reçu ni du conseil d'administration ni de l'assemblée générale, aucune dé-

(1) Toulouse, 9 juillet 1859 (D. 59.2.201).

(2) Cass., 6 janvier 1890, v. page préc. n° 4.

légation régulière pour la constituer, commet une faute lourde qui engage sa responsabilité, en négligeant d'exiger la justification des pouvoirs du directeur (1).

« Si le pouvoir d'hypothéquer est conféré au gérant, au directeur par les statuts de la société, il est indispensable que les statuts soient constatés par acte notarié. La société propriétaire a seule qualité pour consentir l'hypothèque des immeubles sociaux ; l'authenticité de ce consentement est la condition essentielle de l'affectation hypothécaire. » (Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Traité théor. et prat. de droit civil*, t. II, p. 473). Le consentement de la société est contenu dans les statuts, et lorsque ceux-ci contiennent en même temps le mandat d'hypothéquer donné au gérant, ils doivent comme toute procuration à l'effet de consentir une hypothèque, être constatés par acte notarié ; c'est au notaire à s'assurer en recevant l'acte constitutif d'hypothèque que ces conditions sont remplies.

En dehors de ces cas, nous ne croyons pas que les notaires soient tenus de se faire attester spécialement la capacité et les qualités des parties, tout comme leur individualité ; ce serait étendre arbitrairement leurs devoirs déjà si nombreux. La jurisprudence considère cependant cette obligation comme un devoir légal pour les notaires et elle les a condamnés pour avoir négligé de s'assurer, en matière de prêts hypothécaires, si l'emprunteur n'était frappé d'aucune incapacité de contracter.

Il n'est pas douteux que la responsabilité civile du

(1) Paris, 21 juillet 1887, *Pandectes françaises*, 1900. *Privil. et hypoth.*, nos 7084 et s.

notaire sera engagée si l'incapacité, cause de la nullité de l'acte, est assez publique pour ne pas échapper à son attention ; et dans ces conditions, s'il se trouve en présence d'un mineur ou d'un mineur émancipé, il ne devra l'admettre à figurer dans l'acte qu'après l'accomplissement des formalités habilitantes prescrites par les articles 457, 458 ou 483 du Code civil, c'est-à-dire après une autorisation du conseil de famille homologuée par le tribunal (1). S'il s'agit d'une femme mariée mineure autorisée à faire le commerce, elle a le droit de contracter un emprunt hypothécaire pour les besoins de son commerce, mais elle ne peut le faire pour dettes étrangères à son négoce, le notaire est tenu en conséquence de vérifier en quelle qualité la femme constitue hypothèque (2). De même, il commettrait encore une faute lourde en recevant un acte dans lequel une femme mariée est partie, sans requérir l'autorisation maritale. Mais si la nécessité de cette autorisation fait l'objet d'une question controversée, à raison par exemple du régime de séparations de biens, le notaire n'est pas responsable de la nullité de l'acte consenti par la femme devant lui sans l'avoir obtenue (3). Il encourrait également une responsabilité pour avoir reçu un acte d'emprunt hypothécaire souscrit par l'un des contractants pourvu d'un conseil judiciaire, sans l'assistance de ce conseil (4) ; il n'est pas excusable en effet dans ce cas d'ignorer la qualité de son client, les notaires étant

(1) Cass., 49 juin 1850. D. 50.1.308.

(2) Douai, 7 mars 1882. D. 83.2.15.

(3) Alger, 22 janvier 1866. *Rev. not.*, n° 1716.

(4) Cass., 49 octobre 1897. *Rev. not.*, n° 9964.

tenus d'afficher dans leur étude un tableau des interdits et des prodiges de l'arrondissement, en vertu du décret du 16 février 1807, art. 175.

Dans les hypothèses que nous venons d'examiner nous avons supposé que les qualités des parties étaient publiques et connues du notaire; mais même dans le cas contraire la jurisprudence l'oblige à s'assurer de la capacité des parties et le déclare responsable, s'il omet par exemple de vérifier l'état de femme mariée ou de minorité de l'une d'elles. Devant cette attitude des tribunaux les notaires devront dans la pratique prendre toutes les précautions nécessaires pour connaître d'une façon exacte les qualités des contractants.

§ II. — *Nullités de fond résultant de vices inhérents à la convention elle-même. — Erreurs de droit.*

Telles sont les conditions de fond dont l'inexécution peut engager la responsabilité du notaire; il existe toutefois d'autres nullités de fond que la loi de ventôse n'a pas prévues et qui peuvent provenir tantôt d'une erreur sur un point de droit, d'une fausse interprétation de la loi, tantôt d'une erreur de fait, telle que la fraude ou la violence, l'état d'esprit, l'âge, le mariage de l'une des parties. De ce que ces nullités touchant au fond du droit n'ont pas fait l'objet d'une disposition spéciale du législateur, résulte-t-il que le notaire n'en soit pas responsable?

D'après une doctrine le notaire ne serait jamais res-

ponsable des nullités qui tiennent au fond du droit (1); ses partisans soutiennent que l'acte est avant tout l'œuvre des parties elles-mêmes et que le rôle du notaire consiste principalement à le recevoir, c'est-à-dire à le rédiger.

A notre avis cette opinion est trop absolue, nous distinguerons avec la majorité des auteurs entre les points de droit fixés par un texte clair ou par la jurisprudence et ceux qui sont sujets à controverse parmi les tribunaux.

Pour ces derniers « on ne peut exiger de lui, dit M. Demolombe (*Des contrats* t. 8 n° 534), qu'il décide sous peine d'une responsabilité redoutable des questions controversées et litigieuses sur lesquelles la jurisprudence et la doctrine présentent souvent de grandes incertitudes. » (2) Pour les premiers au contraire, l'erreur serait impardonnable, il y aurait faute lourde, erreur grossière, due à l'impéritie ou à l'oubli des devoirs professionnels (3).

Nous allons voir que la jurisprudence dans ses nombreuses décisions en cette matière a appliqué ces principes, et que la Cour suprême a condamné ou absous le notaire, suivant les circonstances pour nullité provenant de l'oubli d'un point de droit même sur le fond de l'acte (4). Il nous est impossible de passer en revue

(1) Massé, *Parf. notaire*, liv. 1^{er}, ch. 17, I p. 55; — Roll. de Villargues, Rép V. *Resp. des not.*, n° 132.

(2) En ce sens : Cass. 24 juillet 1890 (S. 92. 1. 251).

(3) Clerc, Dalloz et Vergé (*Man. th. et prat. et formul. gén. du notariat*, n°s 47 et s. et 57 et s.); — *Dict. du not.* n°s 220 et s.; — *Eloy*, t. 2 n°s 573 et s.

(4) La jurisprudence a déclaré le notaire non responsable

toutes les hypothèses qui peuvent se présenter en cette matière, nous verrons seulement quelques uns des cas où l'erreur du notaire entraînerait sa responsabilité.

— Pour qu'un placement hypothécaire présente toutes les garanties de solidité désirable, il est nécessaire que plusieurs conditions se trouvent réunies ; il faut d'abord que la valeur du gage soit proportionnée au montant de la créance, dont il doit assurer le remboursement ; que la propriété de l'emprunteur sur les immeubles hypothéqués soit bien établie, et que la constitution hypothécaire remplisse toutes les conditions essentielles à sa validité. Il importe de déterminer si toutes ces précautions sont à la charge du notaire.

— En ce qui concerne l'appréciation de la valeur du gage, il est de jurisprudence constante (1) qu'il n'entre pas dans les devoirs professionnels du notaire de s'assurer de la solidité du placement au lieu et place des parties intéressées ; cette évaluation est faite généralement par le prêteur lui-même et le notaire se borne à constater sa déclaration sans être obligé de la vérifier ; il n'en serait tenu qu'en qualité de mandataire ou de gérant d'affaires du prêteur, ainsi que nous le verrons dans la deuxième partie de notre thèse.

Mais il n'en est plus de même lorsqu'il s'agit de l'o-

dans les arrêts suivants : Montpellier 7 février 1866 (*Rev. not.* n° 1.551) ; Cass. 12 février 1883 (*Rev. not.* n° 6.845) ; — Cass. 6 janvier 1890 (*J. not.* 1890 p. 216).

(1) Riom, 23 oct. 1888 (D. 89. 2. 279) ; — Riom, 30 déc. 1890 (D. 92. 2. 227) ; — Rennes 21 février 1893 et Pau 21 avril 1893 (D. 94. 2. 442) ; — Cass. req. 13 juin 1893. (D. 93. 1. 447) ; — Besançon 31 déc. 1894 (*Rev. not.* n° 9430) ; — Nancy, 27 nov. 1895 (*Rev. not.* n° 9574) ; — Trib. Seine 20 mars 1900 (*J. N.* n° 27168).

origine de la propriété de l'immeuble hypothéqué, le créancier n'a pas en cette matière la compétence nécessaire pour vérifier la propriété de l'emprunteur, telle qu'elle résulte des titres qui l'établissent et que ce dernier a remis entre les mains du notaire ; aussi il nous semble que les fonctions notariales comprennent essentiellement l'obligation pour celui-ci de se renseigner lui-même et de renseigner son client sur l'établissement de la propriété de l'immeuble affecté au prêt et sur les charges hypothécaires qui le grèvent. Si cet officier public ne déclare pas ce qu'il sait ou ce qu'il doit savoir à cet égard, il commet un dol ou une faute lourde équivalente au dol. Cette opinion se trouve confirmée par un jugement du tribunal de Soissons du 13 mai 1857, confirmé par la Cour de Cassation le 3 août 1858 (D. 58. 1. 374), qui a défini en ces termes la responsabilité du notaire dans un placement hypothécaire : « Considérant que, en première ligne, se rencontre pour le notaire appelé à consacrer par un acte de son ministère un placement sur hypothèque, l'obligation de vérifier, pour les constater exactement et complètement dans le contrat, l'établissement de la propriété de l'immeuble offert en gage, l'origine et les conditions de cette propriété entre les mains de l'emprunteur, l'importance des charges qui peuvent la grever, tant du chef de celui-ci que du chef des précédents propriétaires, et ce, d'après les documents propres à cette vérification, soit qu'ils aient été fournis par les parties, soit qu'il les ait trouvés, comme dans l'espèce, au nombre des archives dont le dépôt lui est confié. Que cette obligation dérive de l'essence même des fonctions du notaire ; qu'elle est indépendante du mandat plus ou moins

étendu que les parties ou l'une d'elles ont pu lui conférer pour la surveillance ou la gestion de leurs intérêts... D'où il suit que, si par l'inaccomplissement de ces devoirs professionnels (et par la rédaction vicieuse et incomplète d'un acte de son ministère), il a causé un préjudice, le notaire doit en être responsable, par application de ce principe général contenu en l'article 1382 du Code civil, que tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. »

Plusieurs autres arrêts affirment, en dehors de tout mandat spécial, le devoir professionnel du notaire de vérifier la propriété et les droits de l'emprunteur sur les immeubles à hypothéquer, avant de réaliser l'acte de prêt hypothécaire et le déclarent responsable si le gage échappe au prêteur, l'hypothèque ayant été conférée *a non domino* (1).

Ainsi le notaire qui reçoit un acte par lequel une hypothèque est constituée au profit de son client sur un immeuble qu'il savait n'être plus la propriété de l'emprunteur, par suite de sa mise en société dans un acte antérieurement passé devant lui, est responsable de l'inefficacité de cette hypothèque, résultant de l'absorption par les créanciers sociaux du prix de l'immeuble hypothéqué. Il en serait ainsi alors même que la société où l'immeuble a été apporté fut une société civile, l'hypothèque ne pouvant dans ce cas avoir d'existence qu'autant, que par l'effet du partage, l'immeuble

(1) Paris, 41 déc. 1884 (*Rev. Not.*, n° 7068); Cass., 6 juin 1894 (D. 94 1 359); Cass. civ., 19 oct. 1897 (*Rev. Not.*, n° 9964).

constitué en gage serait revenu dans les mains du débiteur, et ce risque devant être à la charge du notaire qui n'en a pas averti son client (1).

De même au cas où les biens hypothéqués sont advenus à l'emprunteur par une donation non transcrite, si le notaire n'a pas prévenu son client de cette particularité, il est responsable envers le prêteur de la disparition de son gage causée par ce défaut de transcription (2).

Le notaire a encore été déclaré responsable à raison du préjudice causé au prêteur, pour avoir omis de lui donner connaissance des inscriptions grevant l'immeuble hypothéqué, qui lui eussent été révélées par la seule vérification d'actes antérieurs passés dans son étude par l'emprunteur (3).

La régularité juridique de l'acte peut aussi se trouver compromise dans le cas où le constituant affecte à la sûreté de sa dette un bien précédemment sorti de son patrimoine, par exemple, par suite d'une vente transcrite (4) ou par l'effet de la révocation de la donation qui avait mis cet immeuble dans le patrimoine de l'emprunteur (5).

Le notaire devra également s'assurer si la propriété de l'immeuble hypothéqué peut être rétroactivement enlevée au constituant. Ce résultat se produirait à l'égard des biens soumis à rapport et par suite à la

(1) Cass. req., 16 août 1865 (D. 66.1.11).

(2) Paris, 2 mai 1860 (D. 61.2.65).

(3) Req. 3 août 1858 (D. 58.1.374) ; — Req. 11 mai 1891 (D. 92.1.215) ; — Req. 19 juillet 1892 (D. 93.1.151).

(4) Douai, 24 janv. 1887 (*Rev. Not.*, n° 7620).

(5) Rouen, 18 mars 1868 (S. 69.2.198).

règle de l'art. 865 du Code civil (1). Il en serait de même à l'égard des biens qui appartiennent à l'un des époux par indivis et qui à ce titre ne sont pas conquêts de communauté, étant susceptibles de faire l'objet d'un retrait d'indivision en vertu de l'art. 1408 du Code civil; et le notaire serait inexcusable d'avoir ignoré cette circonstance lorsqu'elle était spécialement révélée dans l'inscription d'hypothèque légale prise par la femme de l'emprunteur (2). Il serait encore responsable, si l'immeuble hypothéqué avait été acheté par l'emprunteur à un commerçant dont la situation obérée pouvait faire craindre une faillite et par suite la résolution de la vente comme faite en fraude des créanciers du failli (3).

Le notaire doit en outre vérifier si la propriété du constituant n'est pas viciée; s'il a reçu un acte constitutif d'hypothèque sur un immeuble acquis par celui-ci en vertu d'une vente dont il ne pouvait ignorer les vices et qui a été annulée dans la suite comme ayant été faite en fraude des droits des créanciers du vendeur, il est responsable envers son client de la nullité de l'hypothèque, prononcée par voie de conséquence, à raison surtout de ce qu'il avait connu les faits qui motivaient l'annulation de la vente comme frauduleuse. Il en serait ainsi *a fortiori* si le notaire s'était fait le *negotiorum*

(1) Versailles, 28 déc. 1877 (*Rev. Not.*, n° 5571).

(2) Agen, 28 janv. 1891 (D. 92.2.79).

(3) Annecy, 18 nov. 1891 (*Gazette des Tribunaux*, 14 février 1892).

gestor de son client en lui conseillant le prêt sur cet immeuble (1).

Mais dans l'origine de propriété il ne suffit pas que le notaire vérifie la propriété de l'emprunteur, il doit aussi établir celle des propriétaires précédents (2), afin qu'il n'y ait aucun doute relativement aux droits du constituant sur l'immeuble donné en garantie au créancier.

— L'indisponibilité de l'immeuble offert en gage peut être encore une source de responsabilité pour le notaire. Lorsque celui-ci reçoit un acte de prêt avec affectation hypothécaire sur des biens insaisissables ou sur des immeubles dotaux (3) qui sont frappés d'indisponibilité par la loi, et qui, par conséquent ne sont pas susceptibles d'hypothèque, il commet une faute grave engageant sa responsabilité, alors surtout qu'il était à même de consulter les titres de propriété.

Mais il est des cas où l'immeuble dotal peut être aliéné, après l'autorisation de justice, en vertu de l'article 1558 du Code civil : « Pour tirer de prison le mari ou la femme ; — pour fournir des aliments à la famille dans les cas prévus par les articles 203, 205 et 206 au titre de mariage ; — pour payer les dettes de la femme ou de ceux qui ont constitué la dot, lorsque ces dettes ont une date certaine antérieure au mariage ; — pour faire de grosses réparations indispensables pour la con-

(1) H. C., Pays-Bas, 28 mars 1884 (S. 1885.49, avec note de M. Esmein) ; — Cass., 19 mars 1894 (S. 98.1.318).

(2) Nancy, 23 avril 1864 (*Rev. Not.*, n° 1216) ; — Paris, 26 juin 1869 (*Rev. Not.*, n° 2304).

(3) Cass. req., 2 déc. 1873 (*Rev. Not.*, n° 4581).

servation de l'immeuble dotal ; — enfin, lorsque cet immeuble se trouve indivis avec les tiers et qu'il est reconnu impartageable. » C'est au Tribunal à apprécier si tel cas particulier rentre dans l'énumération prévue par l'article 1558. S'il commet une erreur dans cette appréciation, le notaire qui, croyant à la régularité de l'autorisation d'hypothéquer l'immeuble dotal, rédige l'acte constitutif d'hypothèque, ne saurait être à notre avis déclaré responsable. La Cour de Cassation (1), dans un arrêt du 25 janvier 1887 (D. 87.1.473) l'a cependant condamné dans cette circonstance, mais elle ne fondait pas la responsabilité sur l'erreur du notaire d'avoir cru qu'une autorisation d'emprunter sur hypothèque était régulièrement accordée, puisque sa croyance à cet égard reposait sur la décision même de la justice ; elle la faisait découler de la négligence apportée par lui dans ses rapports avec son client, homme illettré, qu'il eut dû éclairer en lui faisant observer que les décisions en cette matière ne sont pas toujours définitives et peuvent être révoquées dans certains cas à la diligence de la femme ou de ses héritiers. Elle s'est prononcée d'ailleurs dans notre sens et a déchargé le notaire de toute responsabilité dans un autre arrêt du 16 juillet 1890 (D. 91.1.335) ; il est à souhaiter que cette décision équitable se généralise (2).

— Une autre obligation du notaire est de remplir les conditions essentielles à la validité de la constitu-

(1) Dans ce sens également : Cass., 6 février 1899, confirmant un arrêt de la Cour de Rennes du 15 févr. 1897 (*Rev. Not.*, n° 10446 ; S. 1900.1.197).

(2) Note de M. Labbé sous Cass., 2 déc. 1885 (S. 86.1.97).

tion hypothécaire ; il doit se conformer en conséquence aux règles prescrites par les articles 2124 et suivants du Code civil.

Dans notre droit pour que l'hypothèque soit valable, il faut qu'elle porte sur un immeuble. La responsabilité du notaire s'est trouvée engagée pour avoir reçu un acte de prêt avec affectation hypothécaire sur la part appartenant au débiteur dans l'actif d'une société constituée par acte reçu par lui pour l'exploitation de mines d'alunite. Or, il résulte de la loi du 21 avril 1810, article 8, que les mines sont des immeubles, mais que les actions ou intérêts dans les sociétés de ce genre sont réputées meubles. Par suite, la nullité de l'hypothèque fut demandée et prononcée (1), et le recours exercé par le prêteur contre le notaire qui avait reçu l'acte, fut accueilli favorablement par la Cour de Riom (2) qui donna comme motifs que « le notaire ayant été mêlé à tous les actes relatifs à la société des mines d'alunite, devait connaître parfaitement toute cette affaire et tout ce qui s'y rapportait, et que s'étant notamment chargé particulièrement de tout ce qui concernait l'hypothèque, consentie au prêteur, il a commis une faute lourde aux conséquences de laquelle il ne saurait échapper. » Pour être valable, il eût fallu que l'hypothèque fut prise par la société elle-même représentée par son gérant, un des associés ne pouvant individuellement hypothéquer valablement l'actif social.

(1) *Circulaire trimestr. du Comité des notaires des départements*, n° 244, Paris, le 20 sept. 1899.

(2) Riom, 15 juin 1898 (*Pandectes françaises*, 1900, *Priv. et hypoth.*, n° 10285).

En outre, les immeubles présents seuls peuvent être hypothéqués, et en principe l'hypothèque constituée sur des biens à venir est nulle, la loi ne l'autorise que lorsque les biens présents sont insuffisants pour la garantie du créancier ; aussi le notaire qui recevrait un acte constitutif d'hypothèque sur des biens de cette nature, en l'absence de tous biens présents, commettrait une faute lourde engageant sa responsabilité. Cependant la jurisprudence a admis dans un cas spécial (1) qu'il était permis au notaire, sans erreur grossière, de voir dans l'absence de biens présents un cas d'insuffisance tel que l'exige l'article 2130 du Code civil pour autoriser l'hypothèque des biens à venir. Mais dans la pratique le plus souvent l'hypothèque des biens à venir est une clause de style dans les actes notariés, lorsque les biens présents et libres du débiteur ne semblent pas suffisants pour garantir les droits du prêteur ; en insérant cette clause les notaires assurent à leur client une sûreté plus grande et dégagent en même temps leur responsabilité.

La règle de la spécialité des hypothèques oblige les notaires à déterminer d'une façon certaine dans l'acte constitutif d'hypothèque le montant de la créance garantie (2), conformément à l'art. 2132 du Code civil, et à faire la désignation aussi précise que possible des immeubles constitués en gage. Il est admis qu'il n'est

(1) Cour de Nancy, 22 août 1867 (D. 68.2.117).

(2) Le notaire n'est pas responsable cependant dans ce cas s'il n'a pas connu les éléments de compte et de liquidation qui lui auraient permis de prendre une inscription régulière. V. dans ce sens : Req., 27 juin 1899 (D. 1900.1.194).

pas nécessaire que chaque immeuble soit désigné nominativement, comme l'auraient voulu certains auteurs. A raison du morcellement de la propriété en France, ce serait une cause d'erreur et de nullité de l'acte constitutif d'hypothèque que d'exiger une précision absolue; la jurisprudence se contente de la désignation des immeubles par communes (1), et généralement l'acte notarié énumère toutes les sortes d'immeubles existant dans une commune et appartenant au débiteur. Le notaire n'en a pas moins le devoir de vérifier exactement la situation de chaque immeuble, et il est responsable d'une fausse indication à cet égard, qui aurait pour conséquence la nullité de l'inscription. Ce cas s'est présenté en particulier dans une quittance subrogative (2) où il avait indiqué comme hypothéqué un immeuble autre que le véritable, de sorte que dans l'inscription prise au profit du créancier subrogé le conservateur des hypothèques avait reproduit la même indication erronée. Cette erreur avait entraîné la nullité de l'inscription et empêché le subrogé de produire dans l'ordre ouvert sur le prix dudit immeuble. Le notaire était évidemment en faute, puisqu'il avait énoncé dans la quittance subrogative l'acte d'acquisition de cet immeuble, qui en contenait la désignation exacte, il devait donc se faire représenter cet acte et en vérifier lui-même les énonciations. Il a été jugé néanmoins dans une hypothèse semblable que le notaire ne saurait être responsable, si l'erreur dans la désignation de l'immeuble af-

(1) Montpellier, 7 avril 1866 et sur pourvoi. Req., 13 avril 1869 (D. 71.1 147); Cass., 27 nov. 1893 (D. 94.1.566).

(2) Cass., 24 oct. 1893 (*Rev. not.* n° 9043).

fecté à l'hypothèque n'a fait illusion à personne et n'a pas trompé ni pu tromper le créancier (1).

— Il est aussi du devoir du notaire de formuler dans l'acte de prêt hypothécaire certaines clauses que les parties ignorent et pour lesquelles elles s'en remettent à sa prudence. Ces clauses sont d'une importance telle que leur omission peut entraîner contre lui une action en responsabilité. La première est la clause de subrogation à l'hypothèque légale de la femme de l'emprunteur; le notaire qui reçoit un prêt hypothécaire doit assurer au prêteur une sûreté efficace; pour cela, il doit faire intervenir à l'acte la femme de celui qui reçoit les deniers prêtés pour la faire renoncer à son hypothèque légale au profit du créancier sur l'immeuble donné en gage. En effet, en vertu de l'article 2121 du Code civil, toute femme mariée a sur les biens de son mari une hypothèque légale qui remonte quant à ses effets au jour de la célébration du mariage et prime par conséquent toutes les hypothèques conventionnelles postérieures que le mari pourrait consentir sur ces immeubles. Par l'effet de la subrogation la femme cède au prêteur son hypothèque légale jusqu'à concurrence de la somme prêtée, ce qui donne au créancier la priorité et en outre une sûreté nouvelle qui lui permet de se faire colloquer dans l'ordre au rang de la femme. Cette hypothèque légale est nécessairement connue du notaire, puisqu'elle existe toutes les fois que l'immeuble est un conquêt de communauté ou appartient en propre au mari; aussi doit-il exiger cette subrogation, c'est

(1) Req., 12 déc. 1898 (D. 99.1.345).

une clause d'un usage courant qui engagerait sa responsabilité s'il l'omettait. Le notaire ne pourrait pas, au contraire, faire intervenir la femme à l'acte d'emprunt, si elle était mariée sous le régime dotal, car dans ce cas elle ne peut ni donner mainlevée de son hypothèque légale, ni y subroger un tiers.

Il est dit habituellement dans les actes notariés que la femme cède au créancier subrogé ses créances, droits et reprises, etc. ; telle est la formule courante qu'emploient les notaires ; elle ne veut pas dire que la femme cède ses créances, mais seulement son hypothèque. Cette clause s'explique historiquement, parce que primitivement on se demandait s'il était possible que la femme cédât son hypothèque isolément, sans la créance.

Quant à l'inscription de cette subrogation que la loi du 13 février 1889 impose au créancier du mari, subrogé dans l'hypothèque légale de la femme, le notaire n'est tenu de la prendre que s'il est mandataire de celui-ci, et dans ce cas il ne devra pas oublier de mentionner cette subrogation dans le bordereau d'inscription (1).

La seconde clause est relative à la déclaration par l'emprunteur qu'il n'est pas chargé de fonctions emportant hypothèque légale sur ses biens. Le notaire rédacteur d'un acte de prêt hypothécaire doit s'assurer si l'emprunteur n'est pas grevé d'une autre hypothèque légale, en sa qualité de tuteur d'un mineur ou d'un interdit par exemple, et l'interroger à ce sujet ; et si cet officier public a déclaré inexactement que l'emprunteur n'avait pas cette qualité, il est tenu d'indemniser

(1) Douai, 22 déc. 1887 ; Dijon, 6 février 1889 (S. 89.2.78).

le prêteur du préjudice qu'a entraîné pour lui l'erreur dont il a été victime. Et ce n'est pas seulement dans l'acte constitutif d'hypothèque que le notaire doit faire cette vérification, mais encore dans la procuration donnée par le débiteur à l'effet de contracter un emprunt hypothécaire (1).

(1) Paris, 6 nov. 1896 (D. 97 2.94).

APPENDICE

Responsabilité du notaire comme dépositaire.

Il peut y avoir à la charge du notaire en matière de prêts hypothécaires des obligations spéciales résultant du dépôt ; il est dans l'usage, en effet, à raison de la confiance qu'il inspire à ses clients, de laisser la somme prêtée entre les mains du notaire jusqu'après l'accomplissement des formalités hypothécaires. Dans cette circonstance, il ne peut sans engager sa responsabilité disposer de ces fonds, ni en faveur de l'emprunteur, tant qu'il n'a pas fourni les sûretés promises, ni en faveur du prêteur, tant que la résolution du contrat n'a pas été obtenue soit à l'amiable, soit à la suite d'un jugement (1).

Et s'il a déposé la somme prêtée dans une maison de banque en attendant l'accomplissement des formalités hypothécaires, il est responsable de la faillite du banquier (2).

Telle est la solution de la jurisprudence dans cette hypothèse. Cette disposition nous semble très juste, si le notaire a effectué le dépôt sans l'autorisation du débiteur, car en agissant ainsi il s'est porté garant de la

(1) Cass., 2 mars 1868 (*Rev. Not.*, n° 2155).

(2) Dijon, 18 déc. 1872 (*Rev. Not.*, n° 4332).

solvabilité de la Société ; mais, il en serait tout autrement s'il a obtenu cette autorisation, par le fait de laquelle l'emprunteur a accepté un nouveau dépositaire et a déchargé en conséquence le notaire de toute responsabilité.

Enfin, le notaire dépositaire devra toujours conserver soigneusement les fonds qui lui seront confiés, sans avoir le droit de s'en servir pour son compte personnel, conformément à l'article 1930 du Code civil ; il répondra en cette qualité de sa *culpa levis in concreto* (art. 1924 C. civ.), c'est-à-dire de la faute qu'il ne commettrait pas dans la gestion de ses propres affaires. Il ne pourra les remettre qu'à la personne désignée par le déposant (art. 1937 C. civ.), c'est-à-dire à l'emprunteur, et pour dégager sa responsabilité, il ne devra effectuer cette remise qu'après s'être assuré de l'état de propriété de l'immeuble offert en garantie et des inscriptions qui le grèvent ; il commettrait une faute s'il se dessaisissait de ces fonds sur le vu d'un simple bulletin négatif émanant du conservateur des hypothèques, bulletin simplement officieux, au lieu d'attendre l'état ou le certificat authentique et officiel qui seul pouvait couvrir sa responsabilité en engageant celle du conservateur (1).

(1) Rouen, 1^{er} avril 1899 (*Gaz. Pal.*, 1899, p. 587).

CHAPITRE III

Responsabilité des notaires résultant de leur obligation de s'abstenir de toute participation à des opérations illicites ou frauduleuses.

Il est une règle incontestable et si évidente que le législateur n'a pas jugé à propos de l'insérer dans la loi du 25 ventôse an XI, c'est celle qui impose aux notaires l'obligation de s'abstenir de toute fraude et de toute participation à des opérations illicites. « Elle a pour but de maintenir la dignité de la profession. » Le Conseil d'État ne l'a pas écrite dans la loi, mais elle avait été rappelée expressément dans le projet de loi adopté en l'an VIII par le Conseil des Cinq-Cents, ainsi que dans tous les textes et projets votés ou préparés de 1791 à l'an XI (1).

Nous n'avons pas à nous occuper ici des abus de confiance dont les notaires peuvent se rendre coupables, ni des faux qu'ils peuvent pratiquer en apposant, par exemple sur un acte la signature contrefaite de parties qui n'y auraient pas concouru, faits qui constituent des délits ou des crimes et ont pour consé-

(1) V. M. Planiol, note déjà citée sous Paris, 25 mars 1895 D. 96.2.45).

quence de les faire tomber à la fois sous le coup de poursuites pénales et civiles. Nous parlerons seulement des cas où ils se prêtent sciemment à des actes frauduleux ou simulés (1), soit dans leur intérêt personnel, soit surtout dans l'intérêt de leurs clients, et particulièrement en matière de remplois dotaux en placements hypothécaires, que ces actes soient le résultat de leur fait unique ou qu'ils aient agi de complicité avec l'une des parties; mais il est bien entendu qu'ils doivent être indemnes, lorsqu'ils n'ont pas connu les intentions frauduleuses de leurs clients (2).

Il a été jugé que le notaire qui prêtait son concours à des actes simulés et frauduleux, était responsable solidairement avec l'auteur de la fraude, s'il le faisait sciemment et par dol en vue d'un intérêt personnel, et qu'il engageait en particulier sa responsabilité en prêtant son ministère à une combinaison d'actes tendant à priver des mineurs de leur hypothèque légale première en rang et à la remplacer par une seconde hypothèque garantissant insuffisamment un prêt, fait par ces mineurs à leur ancien tuteur du reliquat de son compte de tutelle (3).

Un autre arrêt (4) a condamné le notaire à la réparation du préjudice qu'il avait causé, en s'entendant frauduleusement avec un avoué pour écarter un créancier du rang qui lui appartenait dans un ordre ouvert, afin de faire colloquer en rang utile un autre créancier

(1) Cass., 5 mai 1874 (*Rev. Not.*, n° 4806, 4867).

(2) Cass., 5 janv. 1886 (*Rev. Not.*, n° 7287).

(3) Req., 17 juill. 1872 (D. 73.1.87; — *Rev. Not.*, n° 4248).

(4) Bordeaux, 6 mars 1895 (*Rev. Not.*, n° 9398).

qui, sans cela ne l'aurait pas été. Le notaire invoquait bien pour sa défense que le créancier avait renoncé à d'autres garanties qui lui assuraient le paiement de sa créance ; mais il est définitivement établi en jurisprudence, que le créancier bénéficiaire de plusieurs garanties, a toujours le droit de s'en tenir à une seule en faisant abandon des autres.

— Les cas de fraude les plus nombreux et les plus importants sont ceux qui se produisent relativement aux biens appartenant à des époux mariés sous le régime dotal.

Sous le régime dotal les biens constitués en dot à la femme soit par elle-même, soit par ses père et mère, sont en principe frappés d'indisponibilité ; mais par exception les immeubles dotaux peuvent être aliénés, lorsque l'aliénation en a été permise par le contrat de mariage (art. 1557 C. civ.), et généralement dans ce cas cette autorisation est accompagnée d'une clause de remploi, c'est-à-dire que le prix provenant de la vente de l'immeuble dotal doit être employé à acheter un autre immeuble qui est subrogé au premier et qui est dotal comme lui. Ces remplois ne doivent pas nécessairement être effectués en immeubles ; l'art. 29, al. 1 et 2 de la loi de Finances du 16 septembre 1871 autorise que les sommes dont le remploi est prescrit soient employées en rentes françaises de toute nature. Ils pourraient être faits aussi en placements hypothécaires suivant les termes du contrat de mariage.

Il est arrivé dans la pratique que les notaires ont prêté quelquefois leur ministère pour rendre exécutoires des remplois fictifs et dont ils n'ignoraient pas le caractère frauduleux. Ce fait peut se présenter dans le cas

où un immeuble dotal est échangé contre des biens d'une valeur évidemment inférieure, dans le but de faire bénéficier le mari de la soulte dissimulée dans l'acte (1). Et s'ils n'avaient pas connaissance de cette fraude, pour éviter qu'elle ne se produise à leur insu, ils feront bien de ne recevoir des actes de cette nature que sur des biens peu éloignés, afin de pouvoir vérifier par eux-mêmes leur situation et la suffisance du emploi.

Nous n'insisterons pas sur ce point qui est en dehors de notre sujet, ce qui nous intéresse plus spécialement, ce sont les emplois effectués en placements hypothécaires, qui peuvent être également fictifs et frauduleux. Le notaire qui consentirait à recevoir un placement hypothécaire de sommes dotales sur des immeubles d'une valeur notoirement insuffisante pour les garantir, sachant qu'une entente est intervenue entre les époux et l'emprunteur, d'après laquelle une partie seulement de la somme à remployer doit être remise à ce dernier, le surplus devant rester à la disposition du mari, commettrait un fait manifestement délictueux et ne saurait bénéficier d'aucune excuse. Si sa participation à la fraude concertée entre les époux et l'emprunteur n'est pas établie, il a été jugé que le notaire serait néanmoins responsable de la perte des valeurs dotales résultant du caractère fictif et frauduleux du emploi, pour n'avoir pas refusé son ministère, alors que les conditions de l'opération devaient lui paraître suspectes, et pour avoir commis une négligence ou une impru-

(1) Trib. Seine, 20 nov. 1891 (Aff. Latapie de Gerval); *Rev. Not.*, n° 8587. — Paris, 21 juin 1895 (*Rev. Not.*, n° 9397).

dence qui ont rendu la fraude possible. Il en est ainsi dans le cas où il s'est abstenu contrairement à son devoir professionnel, d'examiner les titres de propriété et de reconnaître les caractères de l'acte par lui reçu, lequel a permis aux époux avec la connivence de l'emprunteur, de dissiper le produit de l'aliénation du fonds dotal (1).

La jurisprudence n'a pas fait découler ici la responsabilité du notaire de l'obligation qu'elle lui impose en principe d'éclairer les parties sur les causes qui peuvent rendre l'acte nul ou dangereux pour elles, obligation dont nous allons parler dans le chapitre suivant, mais de ce fait, que le notaire avait prêté son ministère, avec une négligence coupable, pour une opération irrégulière, si toutefois il n'avait pas participé directement à la fraude commise par les parties. « Cette décision se rattache donc à l'obligation pour les notaires de refuser leur ministère à des actes illégaux » (2).

(1) Paris, 21 mars 1895 (*Rev. not.*, n° 9343). — Cass., 11 juil. 1898 (D. 98.1.464 ; S. 99. 1. 214), confirmant un arrêt de la Cour de Paris, déjà cité. du 15 mars 1895 (*Rev. not.*, n° 9345 ; D. 96.2.145 avec note de M. Planiol).

(2) M. Planiol, v. note citée n° 1.

CHAPITRE IV

Responsabilité des notaires comme conseils des parties.

« Le notaire doit éclairer les parties sur les causes qui peuvent rendre l'acte nul ou dangereux pour elles. » Telle est la formule par laquelle M. Planiol, dans une très intéressante note au *Dalloz* (1), que nous avons déjà citée plusieurs fois dans le cours de cette étude, détermine les obligations du notaire comme conseil de ses clients. C'est la théorie du mandat légal, admise en principe par la jurisprudence, que M. Planiol approuve, car, dit-il, « comme elle se réserve la plus grande liberté d'appréciation dans ces questions, elle y apporte tous les tempéraments désirables. »

Nous dirons cependant avec M. Paul Pont (*Revue crit.*, t. 7, 1855, p. 49) que « grâce à la théorie du mandat légal, les questions de responsabilité ont reçu trop souvent, devant la Cour de Paris, une solution contraire aux principes et funeste pour le notariat. »

L'opinion de la jurisprudence consiste à voir dans le notaire le mandataire obligé ou légal des parties pour

(1) Planiol, note au *Dalloz*, 96.1.145.

tout ce qui, de près ou de loin, se rattache à l'acte qu'il reçoit ; en conséquence, celui-ci dans l'exercice de ses fonctions n'est pas seulement notaire, il est encore conseil des parties et à ce titre chargé d'assurer, sous sa responsabilité personnelle, l'efficacité de ses actes. — C'était l'opinion de la Cour de Paris dans un arrêt du 13 juin 1854 (1) ; nous avons vu plus haut que les autres Cours en général et la Cour de Cassation affirment au contraire que le notaire n'est tenu de remplir les formalités nécessaires pour la conservation des droits des parties, que lorsqu'il a reçu un mandat spécial à cet effet. Mais elles jugent d'une façon toute différente en ce qui concerne la responsabilité des notaires comme conseils et elles leur imposent généralement l'obligation d'éclairer les parties sur la validité des actes qu'ils reçoivent (2). « Attendu, dit un arrêt de la Cour de Cassation du 16 février 1899 (*Rev. not.*, n° 10446), que les notaires doivent éclairer les parties sur les conséquences de leurs actes et suppléer à leur ignorance du droit civil. » Cette doctrine fut catégoriquement exposée et développée pour la première fois par un jugement du tribunal de Soissons du 13 mai 1857 confirmé par la Cour de Cassation le 3 août 1858 (D. 58.1.374) (3), qui s'exprimait en ces termes : « Les notaires n'ont pas seulement pour mission de donner un caractère d'authenticité aux actes qu'ils

(1) S. 54.2.695. V° *Supra*, p. 32.

(2) Orthez, 19 déc. 1891 (S. 93.2.134). — Dijon, 8 déc. 1897 (D. 99.2.115). — Bourges, 20 mars 1899 (D. 99.2.493). — Cass., 14 nov. 1899 (*Rev. not.*, n° 10444). — Reg., 8 nov. 1899 (D. 1900.1.22). — Req., 19 déc. 1899 (D. 1900.1.94).

(3) V. *Supra*, p. 50.

rédigent ; dans son esprit et d'après ses motifs mêmes, la loi qui les institue a entendu leur conférer un rôle plus digne et plus élevé ; elle les considère comme des conseils désintéressés des parties, aussi bien que comme les rédacteurs impartiaux de leurs volontés ; comme les régulateurs des engagements qu'ils veulent contracter, chargés de faire connaître toute l'étendue des obligations qui en dérivent et de les rédiger avec clarté ; ils remplissent une magistrature et donnent par leur caractère, une sanction pratique à toutes les lois. La doctrine (1) et la jurisprudence s'accordent à reconnaître que les notaires ont le devoir d'éclairer les parties sur ce qui peut les intéresser dans les actes qu'elles passent devant eux et de leur en faire comprendre la portée et les conséquences... Cette obligation est de l'essence même des fonctions du notaire ; elle est indépendante du mandat plus ou moins étendu que les parties ou l'une d'elles ont pu lui conférer pour la surveillance et la gestion de leurs intérêts ; elle est particulièrement étroite, lorsque les contractants sont dans l'ignorance complète des affaires. » Cette opinion fut adoptée par la jurisprudence et tous les jugements postérieurs s'inspirèrent de cette décision. Il en résulte que le notaire est tenu de fournir aux parties tous les renseignements désirables au sujet des engagements qu'elles contractent, et qu'il sera responsable d'un conseil erroné ou d'une vérification matérielle défectueuse, et aussi lorsqu'il aura omis de donner ce conseil ou de faire cette vérification.

(2) Eloy. *Opere cit.*, t. II, n^{os} 741 et 794 et s.

C'est faire du notaire le tuteur légal de ses clients, alors qu'il n'est ni un conseil ni un tuteur légal, mais plutôt, comme dit M. Stévenart, « le conseil naturellement indiqué aux parties, » mais nullement obligatoire.

Il faut distinguer en effet, c'est l'opinion de M. Pont (*Rev. not.* n° 254), le notaire donnant un conseil officieux que sa fonction notariale ne l'obligeait pas à donner, et le notaire conseil légal et officiel des parties en ce qui concerne la rédaction des actes. Dans ce dernier cas les conseils portant sur la rédaction même de l'acte sont un objet essentiel de sa fonction notariale, et sa responsabilité se confond alors avec celle qui lui incombe comme notaire, par suite de ses devoirs professionnels, en vertu de la loi de ventôse. Quant aux conseils officieux, à ceux qui portent sur le fond de l'opération, ils ne l'engagent pas comme officier public, mais seulement s'ils constituent de la part du notaire une œuvre de dol ou de pression (1). « Nemo ex-consilio obligatur, » dit Justinien, et en effet celui qui donne le conseil ne s'engage pas et celui qui le reçoit n'est pas tenu de le suivre, il n'y a pas là de lien juridique qui engendre une obligation.

M. Demolombe (2) admet le même principe : « Le simple conseil donné bien entendu de bonne foi n'engendre pas d'obligation, à moins de circonstances capables de le transformer en une sorte de pression, comme une insistance particulière, des assurances de

(1) Clerc, Dalloz et Vergé. *Formul. du not.* : — *De la respons. des not.*, 8^e édit. ; — Pont, *Rev. not.* n° 387.

(2) Demolombe, t. 34 n° 535 et 536.

réussite, circonstances dans l'appréciation desquelles les tribunaux doivent tenir compte de la condition sociale, de l'éducation, de l'instruction ou de l'ignorance du client. »

Mais la jurisprudence, nous l'avons dit, est d'une opinion toute opposée et décide que même en l'absence de tout mandat, le notaire encourt une responsabilité comme conseil des parties, en vertu des articles 1382 et 1383 du Code civil; nous allons citer quelques-unes de ces décisions dans ce sens.

Un arrêt de la Cour de Cassation du 11 juillet 1893 (*Rev. not.*, n° 9073) a décidé que le notaire rédacteur d'un acte de vente au profit d'une personne ignorante et illettrée, d'un immeuble grevé de l'hypothèque légale de la femme du vendeur, commettait une faute engageant sa responsabilité en négligeant de réaliser la purge légale pour dégrèver l'immeuble et assurer la sécurité de l'acquéreur menacé d'éviction, alors qu'il connaissait parfaitement l'existence de cette hypothèque et la situation obérée du vendeur (1).

Un autre arrêt de la même cour (2) a condamné un notaire qui avait procédé à une licitation partage, pour avoir pris l'inscription tardive du privilège de copartageant, alors qu'il avait reçu le mandat de le faire. Mais en outre elle le déclarait responsable, même s'il n'avait reçu aucun mandat, parce que, étant le conseil des parties, il devait les avertir de la nécessité où elles se trouvaient de faire inscrire le privilège dans le délai prévu par l'article 2109 et du danger qu'elles couraient

(1) En ce sens égal. Cass. 24 oct. 1893 (*Rev. not.*, n° 9043).

(2) Cass. 18 janv. 1893 (*Rev. not.*, n° 8967).

en laissant passer ce délai sans prendre inscription. Il nous semble cependant que dans l'espèce, le notaire devait être dégagé de toute responsabilité, puisque par une clause spéciale de l'acte de licitation, les colicitants s'étaient réservé de faire inscrire leur privilège s'ils le jugeaient convenable ; les parties savaient donc bien à quoi elles s'engageaient. Suivant M. Baudry-Lacantinerie (*Précis de droit civil*, 4^e édit., t. 3, n^o 1172), en dehors d'un mandat spécial, le notaire qui a dressé l'acte de partage n'est pas tenu sous sa responsabilité personnelle de faire opérer l'inscription du privilège du copartageant dans le délai de 60 jours ; l'inscription doit être prise par le copartageant lui-même auquel le privilège appartient.

Il a été jugé également (1) que le notaire habituel d'une personne commet une faute professionnelle de nature à engager sa responsabilité, lorsqu'il néglige de lui faire comprendre, à raison de l'inexpérience et de l'âge de celle-ci, la portée et les conséquences de l'acte qu'il a reçu et la possibilité pour elle de perdre une partie de sa créance par suite de l'insuffisance des garanties hypothécaires fournies par le débiteur. A notre avis le notaire n'est pas tenu de faire à ses clients des révélations de cette nature, ni de s'enquérir de la valeur du gage ni d'éclairer le créancier sur l'efficacité de la garantie hypothécaire, à moins qu'il n'ait reçu mandat à cet effet ; mais nous verrons plus tard que ce mandat ne saurait résulter, contrairement à la décision

(1) Req., 14 nov. 1899 (D. 1900.1.21). — Cass. 6 fév. 1899 (S. 1900.1.197).

précédente, de ce qu'il est le notaire habituel du prêteur.

Il nous semble que cette jurisprudence n'est pas justifiable, elle ne repose d'ailleurs sur aucun texte, nous ne trouvons nulle part dans la loi de ventôse un article, d'où résulte pour le notaire une responsabilité à raison des conseils qu'il a donnés à ses clients, lorsque l'affaire a été suivie d'insuccès. Et si la loi a entendu leur imposer cette obligation, il est extraordinaire qu'elle ait gardé le silence sur le plus important de leurs devoirs, qui est la cause la plus étendue de leur responsabilité.

Il faut bien tenir compte aussi de ce que les matières sur lesquelles le notaire est appelé à donner des conseils sont ordinairement délicates, que les esprits les plus éclairés peuvent souvent y commettre des erreurs et que les controverses y sont fréquentes (1). Et nous ajouterons avec M. Troplong (Mandat n° 26) : « Si la jurisprudence a bien fait d'user de rigueur dans certaines circonstances où le notaire était sorti de son rôle de simple conseil, il n'en est pas moins vrai qu'il est de la prudence des tribunaux de se tenir en garde contre les prétentions de clients trop portés à déverser sur autrui la responsabilité d'actes qu'ils ne peuvent imputer qu'à eux-mêmes. A côté des arrêts qui ont sévi contre des notaires ; il y en a d'autres tout aussi graves qui les ont sauvés de recours injustes, Je pense, en général, qu'il n'est pas bon de pousser à l'excès la responsabilité

(1) Edouard Clerc, *Traité gén. du notariat et de l'enregistr.* t. I, tit. 3, sect. 4.

des notaires et qu'il ne faut pas environner de trop de périls leurs fonctions déjà si délicates et si difficiles. »

Il existe d'ailleurs de nombreuses contradictions dans les décisions de la jurisprudence ; M. Bauby reconnaît que le pouvoir discrétionnaire que se sont arrogé les tribunaux a abouti aux solutions les plus contradictoires et les plus outrées (1). Pour les juges tout se réduit d'ordinaire à une question de fait. Ils n'admettent pas toujours l'existence d'un mandat légal, mais ils reconnaissent souvent que la preuve d'un mandat conventionnel peut s'induire des relations entre le notaire et son client, ou des circonstances dans lesquelles le prêt a été effectué, souverainement appréciées par les juges du fond (2) ; c'est se montrer à notre avis bien facile pour l'admission d'un mandat conventionnel.

L'incertitude de la jurisprudence est encore augmentée en ce qu'elle admet que l'ignorance des parties est considérée comme une aggravation de la responsabilité du notaire. Qu'est-ce qu'un client ignorant ? — On en arrive à l'arbitraire absolu. « C'est, dit M. Bauby, rétablir arbitrairement un privilège d'ignorance qui, pour avoir existé dans les lois romaines, n'est plus conforme à nos mœurs et à notre législation. »

« Je conviens, écrit M. Édouard Clere (3), que le notaire doit, comme conseil une sollicitude plus vigilante aux personnes illettrées ou étrangères aux affaires,

(1) Bauby, *op. cit.* p. 219 et s. ; Régis, thèse pour le doctorat : *Des div. espèces de resp. civ. et prof.*, Bordeaux 1896.

(2) Lyon, 4 mars 1876 (S. 77.2.185).

(3) Ed. Clere, *op. cit.*, p. 73. — T. Ier, n° 1177.

mais je ne voudrais pas créer un privilège à l'ignorance. Il y a d'ailleurs des gens illettrés qui comprennent et défendent parfaitement leurs intérêts comme il y a des savants qui y sont fort inhabiles. Faudra-t-il donc juger une question de responsabilité par le degré d'instruction, le sexe ou la position sociale des parties ? Où est la règle ? Où serait la limite ? Il n'y aurait qu'incertitude et arbitraire. »

Il est bien évident que la responsabilité du notaire doit être plus grande, lorsqu'il se trouve en présence de clients inexpérimentés dont il doit sauvegarder les intérêts avec plus de vigilance, mais encore faut-il ne pas exagérer ; il arrive souvent, en effet, que des clients profitent de leur peu d'instruction pour faire retomber sur le notaire les conséquences d'un mauvais placement, en faisant grief à celui-ci de ne les avoir pas suffisamment renseignés particulièrement en ce qui concerne la valeur du gage ; d'ailleurs comme le fait remarquer un arrêt de la Cour de Cassation (Req., 20 oct. 1891. — D. 91.1.170), « les habitants de la campagne, fussent-ils même de simples journaliers illettrés, ont à ce sujet des connaissances qu'on trouve rarement en défaut, alors surtout que leurs intérêts sont en jeu. »

— Il est des cas où il est difficile pour le notaire, de concilier cette obligation que lui imposent les tribunaux de conseiller les parties et de les éclairer sur les conséquences de leurs actes, avec les exigences du secret professionnel. Faut-il faire prévaloir l'obligation d'éclairer les parties sur celle de garder le secret, lorsque ces deux obligations se trouvent en conflit ?

Dans un arrêt que nous avons déjà cité (1), la jurisprudence se prononce pour la négative. Il s'agissait d'une obligation hypothécaire contractée par deux codébiteurs solidaires, et dont l'inscription avait été prise tardivement. Dans l'intervalle compris entre la réception de cette obligation et la prise de l'inscription, l'un des codébiteurs solidaires était retourné dans l'étude du notaire, y avait contracté de nouveaux emprunts, et par ce fait était devenu insolvable vis-à-vis de son coobligé, qui se vit forcé d'acquitter la totalité de la dette. Nous avons vu que le notaire n'était ni mandataire ni gérant d'affaires de ce dernier, mais celui-ci exerçait un recours en garantie contre le notaire pour ne l'avoir pas averti officieusement des dangers qu'il courait et des mesures qu'il devait prendre pour la sauvegarde de ses intérêts, en se basant sur ce que le notaire encourt une responsabilité comme conseil en vertu des articles 1382 et 1383 du Code civil. La Cour de Cassation a exonéré avec raison le notaire de toute responsabilité, car il y aurait eu de sa part violation de la règle du secret professionnel, s'il avait averti ce débiteur des emprunts contractés par son coobligé; ce n'est, en effet que postérieurement à l'obligation hypothécaire contractée par les deux codébiteurs solidaires, que l'un d'eux est retourné dans son étude pour souscrire de nouveaux emprunts. Le notaire n'aurait été responsable que s'il y avait eu fraude de sa part, en se faisant le complice du nouveau contractant.

On a soutenu que le notaire n'avait qu'à rester dans

(1) Cass., 18 nov. 1895 (*Rev. Not.*, n° 9748) V. *suprà*, p. 34.

son rôle, sans être obligé de faire aux parties aucune révélation, que c'était à elles à agir prudemment et à prendre les mesures suffisantes, attendu qu'elles pouvaient se rendre compte elles-mêmes par un certificat du conservateur des hypothèques des charges qui grevaient l'immeuble (1).

Cependant la majorité de la doctrine (2) et la jurisprudence dans la plupart de ses décisions, prétendent que le devoir professionnel de discrétion doit s'effacer devant celui d'éclairer les parties et surtout devant le principe de bonne foi qui doit présider à tous les actes. Il est inadmissible, en effet qu'un notaire puisse présenter à ses clients un bien comme franc et libre, alors qu'il le sait grever d'une ou de plusieurs hypothèques (3). Nous citerons notamment un arrêt (4) par lequel un notaire fut condamné pour avoir, en recevant le contrat de mariage d'un officier, dans les termes de la déclaration d'apport approuvée par le Ministre, laissé ignorer au futur époux les charges hypothécaires constituées au profit de tiers, dans l'intervalle entre la déclaration et le contrat, en vertu d'actes dressés par lui-même, sur les immeubles destinés à être hypothéqués pour garantir le paiement de la dot.

(1) V. en ce sens: Roll. de Villargues, *Rép. V. Notaire*, n° 495; — *Dict. du Not. V. Resp. du Nol.*, n° 258; — Stévenart, pp. 37 et 38.

(2) V. en ce sens: Éloy, *op. cit.*, n° 155, t. I, p. 194; — Rutgeerts et Amiaud, *Comment.*, n° 990, t. III, p. 1328.

(3) Cass. req., 11 mai 1891 (D. 92.1.215).

(4) Cass. req., 22 janv. 1890 (D. 91.1.195; — *Rev. Not.*, n° 8220).

Cette opinion nous paraît préférable, mais à la condition toutefois que le notaire ne puisse être déclaré responsable de son silence que si l'on établit à son encontre un dol bien caractérisé, résultant de ce qu'il a eu une connaissance exacte de l'opération dissimulée par les parties. La présomption que l'acte a été passé en son étude ne suffirait pas, car, comme dit M. Bauby (1), « on ne saurait raisonnablement exiger d'un notaire qu'il se rappelle le contenu de tous les actes par lui dressés et encore moins qu'il connaisse ceux rédigés par ses prédécesseurs. » Cette solution doit être étendue *a fortiori* au cas où le notaire serait lui-même titulaire de la charge non révélée ; on reconnaît même généralement que dans ce cas, le notaire devrait subir la déchéance de son droit, en outre de la condamnation aux dommages-intérêts ; il est censé en effet avoir consenti à tout ce qui est exprimé dans l'acte qu'il a signé.

Mais il n'y aurait pas de difficulté et il ne saurait être question de la règle du secret professionnel, au cas où le notaire-rédacteur d'un acte d'emprunt hypothécaire, après inscription prise, recevrait d'autres actes d'emprunts souscrits par le même débiteur. En avertissant ici les nouveaux créanciers de la situation hypothécaire de l'emprunteur, il n'y aurait pas en effet violation du secret professionnel, cette situation étant légalement connue par suite de la publicité des registres hypothécaires.

— Nous avons admis qu'un conseil donné n'engage

(1) Bauby, *op. cit.*, p. 277.

pas en principe la responsabilité du notaire, on ne voit pas comment dans ces conditions l'omission d'en donner pourrait l'engager davantage. Il est bien évident que si la réticence du notaire constituait une faute grave, un fait de négligence ou d'inattention inexcusable dans la réception même de l'acte, s'il s'agissait par exemple de faits que le notaire connaissait ou devait connaître par ses propres archives, comme s'il a omis de faire connaître l'état hypothécaire qu'il avait entre les mains (1), il devrait être déclaré responsable. Il a été jugé que le notaire dans l'étude duquel a été passé un prêt hypothécaire est responsable de la perte de la créance résultant de l'inefficacité certaine d'avance, d'une promesse de mainlevée faite par l'emprunteur (2). La condamnation du notaire s'appuie aussi dans ce cas sur la connaissance qu'il devait avoir des faits non révélés par lui.

En matière de vente d'immeubles il a été décidé, toujours en vertu du rôle de conseil légal reconnu au notaire, qu'il engage sa responsabilité en n'avertissant pas l'acquéreur ignorant et illettré des dangers auxquels l'expose le paiement comptant du prix en cas d'hypothèque inscrite (3). Pour les mêmes motifs le notaire qui dresse acte d'une vente d'immeubles est responsable pour avoir faussement déclaré dans l'acte que les immeubles étaient libres d'hypothèques ou de privilège,

(1) Nantes, 4 février 1880. (*Rev. Not.*, n° 6078).

(2) Bordeaux, 17 juillet 1875 (*Rev. Not.*, n° 5521).

(3) Douai, 12 mars 1886 (*Rev. not.*, n° 7443); — Bourges, 20 mars 1899 (D. 99.2.493); — Req., 8 novembre 1899 (D. 1900. 1.22).

alors qu'il avait reçu quelques semaines auparavant l'acte constitutif d'une hypothèque sur ces immeubles (1), ou pour avoir dissimulé qu'ils étaient déjà gravés d'un privilège pour honoraires et frais d'enregistrement relatifs à une vente antérieurement consentie (2).

La responsabilité civile a encore été prononcée contre lui, dans un cas de constitution d'hypothèque pour sûreté de prêts sur des biens provenant à l'emprunteur d'une donation-partage, faite à la charge d'une rente viagère au profit des donateurs, parce qu'il s'était contenté en établissant l'origine de propriété dans l'acte, de dire que la rente était encore due sans vérifier si les arrérages de cette rente avaient été payés jusque-là, et avait négligé en outre de faire intervenir les donateurs conformément à une pratique constante (3). Il résulte de cet arrêt que le notaire devait avertir le prêteur qu'à défaut de paiement des arrérages de la rente la donation serait révoquée, ce qui aurait eu pour conséquence de lui faire perdre son gage par suite de l'effet rétroactif de la révocation.

Dans la plupart de ces circonstances le notaire a été justement déclaré responsable, parce qu'il avait dissimulé des faits qu'il ne pouvait pas ignorer; mais il n'en devrait plus être de même, s'il n'était pas certain qu'ils fussent connus de lui, car, comme nous l'avons déjà dit, on ne peut pas l'obliger à connaître toutes les affaires

(1) Caen, 5 août 1854 (*Supplém. au Répert. de Dalloz v. Responsab.*, n° 5521).

(2) Req., 14 novembre 1899 (D. 1900.1.2).

(3) Rouen, 29 juin 1878 (*Rev. not.*, n° 5785).

plus ou moins éloignées qui se sont passées dans son étude, ni à se souvenir de tous les actes qu'il a pu recevoir, ni à plus forte raison à se rendre compte de ceux qui ont été passés dans d'autres études.

— Il est une hypothèse spéciale où la loi, il nous semble, oblige le notaire à éclairer ses clients et à les avertir des conséquences de leurs actes, et où son silence engagerait sans aucun doute sa responsabilité, c'est au cas de renonciation de la femme à son hypothèque légale au profit d'un acheteur d'un immeuble du mari ou d'un conquêt de communauté. La loi exige en effet que les ventes contenant renonciation de la femme à son hypothèque légale soient faites par acte authentique; la seule raison qui explique cette condition parfois exagérée, car elle oblige les contractants à faire constater par acte authentique des ventes de peu d'importance, est de donner à la femme en la personne du notaire un protecteur, qui devra l'avertir à titre de conseil des conséquences du consentement qu'elle donne à la vente en y intervenant comme covendresse de son mari (L. du 13 février 1889 art. 9).

En outre de cette responsabilité qu'ils encourent dans ce cas comme conseils de la femme, les notaires peuvent être chargés, mais à titre de mandataires, car nous avons vu que c'est en cette qualité seulement que ces officiers publics sont tenus de remplir les formalités postérieures aux actes qu'ils reçoivent, d'exécuter les conditions de forme nécessaires pour opérer cette subrogation (1).

(1) Douai, 22 décembre 1887; — Dijon, 6 février 1889 (S. 89. 2.78).

Avant la loi du 13 février 1889, on se demandait, en cas de vente d'un immeuble du mari, contenant subrogation à l'hypothèque légale de la femme, si la transcription de la vente suffisait pour opérer cette subrogation au profit de l'acheteur, ou s'il fallait en outre une inscription. Cette situation créait beaucoup d'ennuis aux notaires responsables comme mandataires, de l'existence de ces formalités; plusieurs pétitions furent faites à ce sujet par les Chambres des notaires, pétitions qui amenèrent la loi de 1889, par laquelle l'acquéreur d'immeuble fut dispensé de prendre inscription. La transcription de la vente suffit donc aujourd'hui pour rendre la subrogation dans l'hypothèque légale de la femme au profit de l'acheteur opposable aux tiers.

— A notre avis cette jurisprudence se montre bien sévère dans la plupart de ses décisions. Nous admettons certainement avec elle que les notaires ne sont pas des instruments passifs, de simples rédacteurs des conventions des parties, qu'ils doivent les éclairer sur la nature de ces conventions, les renseigner sur les dangers que ces actes pourront entraîner pour elles, vérifier exactement l'établissement de la propriété de l'immeuble offert en gage et l'importance des charges qui le grèvent. Ceci rentre dans les fonctions essentielles du notaire. Mais prétendre qu'il est tenu de veiller sur ses clients comme un conseil judiciaire, comme un tuteur légal chargé, sous sa responsabilité, de les empêcher de compromettre leurs intérêts, c'est là, voyons-nous, des conséquences inadmissibles d'une jurisprudence trop rigoureuse.

Toutefois les tribunaux pourront se montrer plus sévères, s'il y a eu pression de la part du notaire, s'il est

prouvé que le conseil a eu une telle influence sur le client que celui-ci, entraîné par la confiance, a fait ce qu'il ne voulait pas faire; s'il a accompagné son conseil d'assurance de réussite et s'il a répondu de l'affaire, alors il n'est plus le conseil désintéressé des parties; il y a faute de sa part, dont il doit réparer le préjudice. C'est une question de fait laissée à l'appréciation des juges.

La rigueur de la jurisprudence ne sera jamais trop grande, lorsqu'il s'agit d'un conseil donné de mauvaise foi, par dol ou faute lourde, et que la preuve en est faite; si par exemple le notaire sachant pertinemment un placement mauvais, incite son client à le faire. Dans ce cas cet officier public a trompé de la façon la plus absolue la confiance qu'il inspirait à son client, confiance qui avait déterminé ce dernier à lui demander conseil, et dont il devait avant tout se rendre digne.

DEUXIÈME PARTIE

Responsabilité contractuelle.

Nous venons d'étudier la responsabilité civile du notaire en sa qualité d'officier public, lorsqu'il s'est renfermé dans les limites de son ministère; en fait, cette responsabilité est fréquemment modifiée par l'application des règles du mandat et de la gestion d'affaires. Nous avons vu que le notaire n'est pas mandataire légal de ses clients, quand procédant dans l'exercice de ses fonctions il constate les conventions des parties et leur confère l'authenticité, mais le plus souvent en matière de placements hypothécaires en particulier, il est le mandataire conventionnel de ceux-ci ou leur gérant d'affaires et se trouve à ce titre soumis aux articles 1992 et 1374 du Code civil; il est tenu en conséquence des fautes qu'il commet dans l'exécution de ce contrat ou de ce quasi-contrat.

Il est, en effet, dans l'usage de confier aux notaires la négociation des prêts, et c'est par leur intermédiaire que se font la plupart des placements hypothécaires, malgré l'institution du Crédit foncier, qui fut fondé

sous le second Empire dans le but de favoriser le crédit des propriétaires fonciers dans les campagnes, en leur permettant d'obtenir de l'argent à meilleur compte que chez les notaires.

Lorsque le notaire accepte la mission de négocier lui-même le prêt, il devient le véritable mandataire du prêteur et agit alors en dehors des attributions qui lui ont été confiées par la loi de ventôse; et c'est en qualité de simple particulier et volontairement qu'il conclut de semblables contrats, qui sont absolument indépendants de ses devoirs professionnels. Il n'existe d'ailleurs aucune incomptabilité entre les obligations qui résultent d'un mandat conventionnel et les fonctions publiques dont le notaire est investi. Et même il est très naturel que les clients qui ne peuvent pas s'occuper eux-mêmes de leurs affaires délèguent leurs pouvoirs à leur notaire pour opérer les placements de leurs capitaux et pour accomplir les formalités postérieures à la constitution d'hypothèque; celui-ci est indiqué par sa situation même dans ces circonstances.

On a soutenu que les notaires ne pouvaient accepter un mandat, en se basant sur l'article 8 de la loi du 25 ventôse an XI leur interdisant d'être parties dans les actes qu'ils reçoivent. Mais « un notaire (1) chargé de faire un placement de capitaux ne devient pas par cela même partie intéressée dans les actes qu'il reçoit pour opérer ce placement. C'est toujours au nom du propriétaire des fonds qu'il agit et doit agir, l'opération ne lui est point personnelle. Il serait aussi mal

(1) Trib. Clermont-Ferrand, 16 déc. 1839, conf. par Riom, 23 nov. 1840, rapporté dans Avignon, *op. cit.*, p. 77.

fondé que ridicule de prétendre que, chargé par une personne de lui procurer un placement, le notaire est devenu le mandataire de cette personne; autrement, il faudrait admettre que le notaire chargé de procurer un placement ne pourrait faire les actes nécessaires pour le constater. » Le notaire, en effet, n'est pas mandataire pour la passation de l'acte, mais seulement pour les opérations qui précèdent le placement telle que la vérification du gage, ou celles qui lui sont postérieures comme la prise de l'inscription. Quant à l'acte, il sera signé soit par le prêteur lui-même, soit par une tierce personne à qui il aura donné une procuration.

La responsabilité du notaire comme mandataire est beaucoup plus étendue et plus étroite que lorsqu'il agit en qualité d'officier public, il répond en effet, dans ce cas de sa faute légère, étant tenu d'apporter à l'affaire tous les soins d'un bon père de famille. Il doit, en outre, réparer tout le préjudice causé, conformément aux règles de la responsabilité du droit commun, sans pouvoir invoquer le tempérament admis par l'article 68 de la loi de ventôse.

La qualité de mandataire ou de gérant d'affaires engendre à la charge du notaire des obligations très étendues; son rôle ne se bornera plus seulement à rédiger l'acte, à établir l'origine de propriété des immeubles offerts en gage, à vérifier l'importance des charges dont ils sont grevés et l'état civil des contractants, ni à être le conseil des parties; il devra aussi vérifier la solidité du placement, accomplir les formalités nécessaires pour assurer l'efficacité de l'acte qu'il reçoit, c'est-à-dire prendre et renouveler les inscriptions et requérir les mainlevées et radiations.

A raison de la gravité de la responsabilité du notaire en sa qualité de mandataire ou de gérant d'affaires, il importe de savoir s'il existe à sa charge un mandat exprès ou tacite ou une gestion d'affaires, il est donc nécessaire de bien déterminer quelles sont les différences entre ces contrats et quasi-contrats et comment on doit en établir la preuve.

CHAPITRE I^{er}

Du mandat et de la gestion d'affaires.

Le mandat est un contrat par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour elle et en son nom ; il ne se forme que par l'acceptation du mandataire (article 1984 du Code civil).

La gestion d'affaires implique de la part du notaire une immixtion volontaire et spontanée dans les affaires d'un client à l'insu de ce dernier et sans y avoir été sollicité, « soit que le propriétaire connaisse la gestion, soit qu'il l'ignore » (article 1372 du Code civil).

Il faut faire une distinction à notre avis ; la gestion d'affaires est un quasi-contrat, il est de l'essence du quasi-contrat que l'engagement se forme sans convention, c'est-à-dire sans consentement (article 1370 du Code civil). Si le maître de l'affaire ignore l'immixtion du notaire au moment où elle se produit, il n'y a pas concours de consentement, et dès lors nous sommes bien en présence d'un quasi-contrat de gestion d'affaires ; si, au contraire, au moment de la gestion le maître sait que le notaire va gérer son affaire, son silence équivaut à un consentement, et par suite il y a concours de volonté au moment même où la gestion commence et par conséquent contrat, c'est le mandat tacite.

Il s'est élevé à ce sujet une grave controverse, que nous n'avons pas à examiner dans tous ses détails, à la suite de laquelle a été admis le principe que le mandat pouvait être tacite aussi bien de la part du mandant que du mandataire. La question avait d'abord été résolue négativement en se basant sur le texte de la loi. L'article 1985 du Code civil s'exprime en effet en ces termes : « Le mandat peut être donné ou par acte public ou par écrit-sous-seing privé, même par lettre. Il peut aussi être donné verbalement; mais la preuve testimoniale n'en est reçue que conformément au titre des contrats ou des obligations conventionnelles, en général. L'acceptation du mandat peut n'être que tacite et résulter de l'exécution qui lui a été donnée par le mandataire. » D'après cet article le mandat ne peut être qu'écrit ou verbal, il exclut donc le mandat tacite, l'acceptation seule peut être tacite; et Tarrible dans son rapport au Tribunat (séance du 16 ventôse an XII) n'en parle pas non plus. Cette opinion s'appuyait aussi sur l'article 1372 du Code civil, qui dit que la gestion d'affaires existe, que le propriétaire connaisse la gestion ou qu'il l'ignore, ce qui semble exclure la possibilité du mandat tacite.

Malgré ces arguments qui ont une valeur réelle, la doctrine et la jurisprudence admettent que le mandat peut être conféré tacitement. Le mot « verbalement » de l'article 1985 ne doit pas être pris à la lettre, il fait opposition au mandat par écrit que la loi prévoit dans le premier alinéa du même article, pour désigner tout mandat donné autrement que par écrit. D'ailleurs le mandat étant un contrat purement consensuel, qui se forme par le seul accord des volontés, sans être soumis

à aucune condition de forme, il importe peu qu'il soit écrit, verbal ou tacite. D'autre part les mots de l'article 1372 « soit que le propriétaire connaisse la gestion » n'excluent pas la possibilité du mandat tacite, ils signifient ici que le propriétaire subit la gestion plutôt qu'il ne l'approuve ; s'il lui donnait son approbation, il y aurait mandat.

Cette sorte de mandat est admise par le législateur lui-même dans l'article 556 du Code de procédure civile : « La remise de l'acte ou du jugement à l'huissier, vaudra pouvoir pour toutes exécutions autres que la saisie immobilière et l'emprisonnement, pour lesquels il sera besoin d'un pouvoir spécial. »

M. Paul Pont (*Petits Contrats*, t. 1, n° 847, p. 433) estime « qu'il appartient aux juges de décider en fait si une personne dont on a pris en main l'affaire, est censée avoir donné au préalable le pouvoir, sans lequel il n'y aurait pas mandat. » (1).

M. Troplong (2) a soutenu malgré l'article 1372 que le simple silence du maître de l'affaire suffit pour emporter mandat. D'après M. Laurent (t. 27, n° 384), il y aurait mandat lorsque la gestion d'affaires a commencé au vu et au su du maître de l'affaire ; lorsque ce dernier au contraire n'aura eu connaissance de la gestion que longtemps après qu'elle a commencé, il y aurait gestion d'affaires, conformément à l'article 1372.

La validité du mandat tacite est admise également par la jurisprudence, spécialement en ce qui concerne le notaire (3).

(1) V. en ce sens : Aubry et Rau, t. 4, § 411, p. 637, note 2.

(2) Troplong, t. 16 : *Du Mandat*, ch. 1^{er}, nos 121 et s.

(3) Req. 22 nov. 1876 (D. 77. 1. 150).

Il importe de ne pas confondre le mandat tacite avec la gestion d'affaires, car la responsabilité est plus grande dans ce dernier cas que dans celui de mandat et les tribunaux apprécient plus sévèrement la faute du notaire *negotiorum gestor* que mandataire ; aussi les clients cherchent-ils le plus souvent à faire dégénérer en gestion d'affaires le mandat qu'ils ont donné au notaire. En effet, en dehors des obligations propres au quasi-contrat de gestion d'affaires, le notaire *negotiorum gestor* est soumis à toutes celles « qui résulteraient d'un mandat exprès que lui aurait donné le propriétaire » (art. 1372, 2^o C. civ.). En outre le mandataire peut se faire rembourser toutes les dépenses qu'il a faites, quelles qu'elles soient (art. 1999), tandis que le gérant d'affaires ne peut se faire indemniser que des dépenses nécessaires ou utiles (art. 1375).

En cas de décès du mandant, le notaire, comme tout mandataire, cesse de remplir ses fonctions, à moins qu'il n'y ait péril en la demeure (art. 1991) ; — au contraire en qualité de *negotiorum gestor*, il doit continuer et achever l'affaire, même après la mort du maître ; s'étant immiscé de sa propre initiative dans les affaires d'autrui, il doit en conserver la direction et faire en sorte de les mener à bien, car il a peut-être écarté de cette façon une personne plus capable.

D'ailleurs le quasi-contrat de gestion d'affaires ne peut résulter que de faits positifs d'immixtion. et « il ne saurait dépendre, dit la Cour de Caen (1), de l'habi-

(1) Caen, 25 janv. 1875. J. N., n^o 21251. — V. *Encyclop. du Not.* — *Respons. not.* n^o 192.

leté de l'une des parties de transformer, selon son intérêt, le mandat en simple gestion d'affaires, afin de rendre admissible la preuve testimoniale. » La preuve de la gestion d'affaires est en effet plus facile que celle du mandat.

La preuve du mandat dont le client excipe contre le notaire peut être faite comme en matière ordinaire, c'est-à-dire par tous les moyens, si l'objet du mandat n'est pas supérieur à 150 francs, et seulement par un acte écrit, lorsque cet objet est d'une valeur supérieure à 150 francs (art. 1341 et 1985 C. civ.), ou par témoins et par présomptions s'il y a un commencement de preuves par écrit, de sorte que s'il n'existe ni écrit, ni commencement de preuves par écrit, elle ne pourra se faire que par l'aveu et par le serment (1). Mais l'acceptation du mandat n'est pas soumise à des conditions de preuve aussi rigoureuses, il est dit en effet dans l'article 1981, 2° Code civil que « l'acceptation du mandat peut n'être que tacite et résulter de l'exécution qui lui a été donnée par le mandataire. »

Quant à la gestion d'affaires, quasi-contrat résultant de faits auxquels le client est resté étranger et dont il ne peut se procurer une preuve écrite, elle peut être prouvée beaucoup plus facilement ; d'après l'article 1348 du Code civil, la preuve testimoniale est toujours admissible en cette matière (2). Il a été jugé qu'un fait isolé, la négociation d'un seul prêt suffit pour cons-

(1) Pagès, *De la respons. des not.*, p. 184. — Vergé, *De la respons. des not.*, n° 100, dans le *Formulaire du Not.*, d'Ed. Clerc.

(2) Metz, 19 déc. 1855 (D. 57.5.287).

tituer à la charge d'un notaire le quasi-contrat de gestion d'affaires dans les termes de l'article 1372 Code civil (1).

Il n'est donc pas contestable que le notaire puisse être le mandataire de ses clients et qu'il le soit souvent dans la pratique pour opérer des placements hypothécaires et pour remplir les formalités nécessaires à leur efficacité, soit avant soit après la réception de l'acte. Il n'en est plus de même en ce qui concerne la gestion d'affaires, pratiquement elle est beaucoup plus rare, car pour qu'il y ait gestion d'affaires, il faut que le propriétaire soit absent ou qu'il soit incapable. ce sont là d'abord des circonstances qui ne se présentent pas fréquemment; et d'autre part on ne s'explique pas qu'un notaire place de lui-même sans autorisation du prêteur, des fonds qui peuvent se trouver à sa disposition, au risque d'aggraver ainsi sa responsabilité; si ce fait se produit, il est certainement peu fréquent. Il n'est pas douteux cependant que le notaire peut être *negotiorum gestor*, par exemple lorsqu'il dépasse les termes de son mandat.

D'après M. Stévenart (2) le notaire serait rarement le mandataire du prêteur, et généralement celui de l'emprunteur. Pour lui c'est l'emprunteur qui charge cet officier public de lui procurer des fonds, celui-ci vérifie alors les charges qui grèvent l'immeuble, se procure l'origine de propriété, et s'adresse ensuite au capitaliste pour lui proposer la réalisation du prêt, et lui

(1) Paris, 11 déc. 1884 (*Rev. not.*, n° 7068).

(2) Stévenart, *Principes de la respons. civ. des notaires*. Bruxelles. 1890.

permettre de juger si l'opération projetée est acceptable. Ce système serait très avantageux pour le notariat, il diminuerait singulièrement la responsabilité des notaires en matière de placements hypothécaires, car c'est surtout vis-à-vis du prêteur que le notaire peut être passible de dommages-intérêts ; il ne serait responsable à l'égard de l'emprunteur que si le prêteur n'avait pas la capacité de disposer de sa fortune. Il est impossible d'admettre cette théorie ; dans la pratique ce sont les prêteurs qui donnent mandat au notaire de leur procurer un placement, de leur donner un emprunteur solvable, un rang hypothécaire déterminé et une garantie sérieuse.

CHAPITRE II

De la preuve du mandat et de la gestion d'affaires.

Nous avons établi dans le chapitre précédent que le notaire pouvait être chargé d'un mandat exprès ou tacite, et nous avons indiqué que l'admissibilité de la preuve du mandat par témoins et par présomptions ne pouvait avoir lieu que dans certaines conditions. Nous savons en vertu de l'article 1353 du Code civil que les présomptions de l'homme, ces conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu (article 1349, Code civil), marchent de pair avec la preuve testimoniale, et que, comme cette dernière, elles peuvent toujours être invoquées pour prouver l'existence du quasi-contrat de gestion d'affaires, mais que, en ce qui concerne le mandat, si la valeur du litige dépasse 150 francs, elles ne peuvent être admises que s'il existe un commencement de preuves par écrit.

Il nous faut voir maintenant à qui incombe la preuve du mandat et de la gestion d'affaires, et nous rechercherons ensuite quels faits peuvent être admis comme présomptions pour la preuve du mandat tacite.

Et d'abord cette preuve du mandat donné au notaire soit pour faire les vérifications préalables en vue d'assurer la solidité du placement, soit pour remplir les

formalités subséquentes à l'acte, afin d'assurer la conservation des droits qu'il confère, incombe au demandeur en responsabilité, en vertu de la maxime : *Incumbit probatio ei qui dicit*. Le mandat est un contrat qui suppose l'accord de deux volontés, il y a là un fait qui ne peut se présumer et qui doit être établi, le client doit donc le prouver ; en est-il de même pour les tiers qui n'ont pas traité avec le notaire, n'ayant pas été parties au mandat, et qui cependant peuvent avoir intérêt à l'actionner en justice ; doivent-ils établir les preuves dans les mêmes conditions que le client lésé ? D'après certains auteurs, Paul Pont (*Petits contrats*, t. I, n° 876), Aubry et Rau (IV, p. 638), les tiers sont obligés de prouver le mandat comme le client lui-même vis-à-vis du notaire, son mandataire, car les textes sont absolus. D'autres auteurs, M. Troplong (*Du Mandat*, p. 45), en particulier, soutiennent que les tiers, n'ayant pas traité directement avec le notaire, peuvent considérer l'immixtion de celui-ci dans les affaires d'autrui non pas comme un mandat, mais comme une gestion d'affaires, et qu'ils peuvent, en conséquence, prouver d'après les règles admises pour la gestion d'affaires, un mandat auquel ils n'ont pas été parties, mais dont ils ont besoin d'affirmer l'existence.

Dans la pratique les tiers auront rarement l'occasion d'actionner le notaire en responsabilité à raison de son mandat ; mais ils se servent généralement pour prouver le mandat de la preuve par témoins ou des présomptions de l'homme, qui sont le mode de preuve ordinaire de la gestion d'affaires, sans être obligé de produire un commencement de preuves par écrit dans aucun cas ; ils y sont autorisés virtuellement d'ailleurs par la

jurisprudence qui considère trop souvent le notaire comme un *negotiorum gestor*.

— S'il s'agit d'un mandat exprès, la preuve ne sera pas difficile à faire, il suffira à la partie qui actionne le notaire de présenter le titre établissant le contrat, soit l'acte public, soit l'acte sous signatures privées. Mais ce cas est relativement rare, ordinairement le client se contente de donner verbalement au notaire le mandat de lui procurer un placement, et même très souvent ce mandat est simplement tacite ; comment doit-on en établir la preuve ? (1).

« S'il y a mandat tacite, dit M. Pagès, et c'est celui qu'on invoque ordinairement contre les notaires en matière de placement, la preuve en est toute entière dans les circonstances de la cause ; les juges ont le droit de les apprécier pour en induire un mandat donné par le prêteur et accepté par le notaire qui a reçu l'acte d'obligation. » La jurisprudence s'est conformée à ce principe et certains arrêts ont déclaré que cette preuve pouvait résulter des présomptions tirées des circonstances de la cause et des éléments du procès souverainement appréciés par les juges du fond (2).

Il nous semble que se borner à dire que la preuve du mandat résulte des circonstances de la cause, c'est répondre à la question par la question ; les juges du fond ont le devoir, à notre avis, d'énumérer les circonstances desquelles résulte, suivant eux, la preuve du mandat. Un tel système permet à la jurisprudence de se montrer trop facile pour admettre l'existence d'un mandat tacite à

(1) V. Dalloz. — *Supplém. au Rép.*, v. Mandat, n^{os} 69 et s.

(2) Cass., 28 janv. 1892 (*Rev. not*, n^o 8967. — D. 92.1.454).

la charge du notaire, ce qui est d'ailleurs sa tendance.

Nous croyons devoir nous en tenir au principe d'après lequel la preuve d'un tel mandat par témoins ou par présomptions n'est admissible au-delà de 150 francs que s'il existe un commencement de preuve par écrit (1). C'est au juge à apprécier ces présomptions, mais si graves soient-elles, il ne peut les déclarer suffisantes en l'absence d'un commencement de preuves par écrit ; et d'ailleurs la plupart des arrêts qui ont admis ces présomptions constatent que cette condition se trouvait remplie (2). La Cour de Besançon reconnaît formellement que la preuve par témoins du mandat tacite, si les obligations dérivant de ce mandat sont supérieures à 150 francs, ne peut-être admise que si elle est appuyée d'un commencement de preuve par écrit, ou « s'il résulte des circonstances de la cause qu'il a été impossible au mandant de se procurer soit une preuve écrite, soit un commencement de preuve par écrit du contrat qu'il invoquait. » Elle fait ainsi une très juste application des articles 1341, 1347 et 1353 du Code civil.

— De quels actes peut résulter ce commencement de preuve par écrit ? — Les tribunaux le voient souvent dans la correspondance échangée entre le notaire et son client, ou encore dans certaines énonciations des actes constatant que des acomptes du prix ont été payés aux mains du notaire. On peut aussi voir la preuve écrite d'un mandat donné au notaire dans la procuration

(1) Paul Pont. *Rev. crit.*, 1855, t. 7, p. 43.

(2) Pau, 26 mars 1890 (D. 91.2.410) ; ... Pau, 4 juillet 1892 (D. 93.2.222) ; — Besançon, 31 déc. 1894 (*Rev. not.*, n° 9430).

minutée donnée à son premier clerc, lorsqu'elle est en réalité, d'après les constatations du juge du fait, donnée au notaire lui-même (1) ; ou encore dans des réponses du notaire à un interrogatoire sur faits et articles dans une comparution des parties (2).

Il y aurait preuve par écrit d'un mandat conféré au notaire pour la vérification de la solidité d'un placement, dans les quittances du notaire constatant des dépôts de sommes et ne coïncidant ni par leur date, ni par leur importance avec des placements effectifs, et permettant de croire que le notaire se chargeait d'en régler l'emploi en obligations, qu'il présentait ensuite toutes dressées à la signature du client (3).

Un commencement de preuve par écrit, rendant admissibles la preuve testimoniale et les présomptions de l'homme, à l'effet d'établir le mandat accepté par le notaire de prendre les mesures nécessaires pour assurer l'efficacité de la constitution d'hypothèque, pourrait résulter encore d'une clause qui obligerait l'emprunteur à payer entre les mains du notaire le coût de l'inscription hypothécaire.

— Supposons que le commencement de preuve par écrit existe, nous avons à nous demander maintenant quelles conditions doivent remplir les présomptions pour être invoquées en justice, afin d'établir l'existence d'un mandat tacite à la charge du notaire.

Aux termes de l'article 1353, ces présomptions doi-

(1) Req., 28 mai 1888 (D. 89.1.187).

(2) Req., 22 août 1864 (D. 65.1.64).

(3) Lyon, 4 mars 1876, sous Req., 23 avril 1877 (D. 77.1.399).

vent être « graves, précises et concordantes, » et être assez pressantes pour déterminer la persuasion et pour conduire le juge du fait contesté au fait connu. Il n'est pas nécessaire que ces présomptions soient nombreuses, une seule suffit pourvu qu'elle soit sérieuse; le vieil adage : *Testis unus, testis nullus*, n'existe plus dans notre droit. La valeur de ces présomptions est laissée à l'appréciation des tribunaux; elles servent du reste aussi bien à la preuve du mandat qu'à celle de son acceptation ou de la gestion d'affaires, puisque dans ces deux derniers cas elles sont toujours admissibles. Il est impossible de passer en revue tous les faits qui peuvent se présenter et qui ont été admis comme présomptions par la jurisprudence, nous essaierons cependant de signaler les plus importantes et d'apprécier la valeur qu'elle leur a donnée.

En premier lieu, elle a conclu souvent qu'il y avait mandat à la charge du notaire, de ce fait que celui-ci était le notaire habituel du prêteur (1). La Cour de Rouen se prononce en sens contraire de la majorité de la jurisprudence et nous approuvons absolument sa manière de voir; elle déclare que ces rapports habituels du notaire avec le prêteur ne démontrent pas qu'il soit son mandataire ou son *negotiorum gestor*, mais seulement qu'il lui inspire confiance; il n'en résulte donc pas qu'il soit obligé de vérifier la solidité du place-

(1) Cass. Req. 18 août 1873 (S. 71.1.160, *Rev. not.*, n° 4460); — Cass. 15 déc. 1874 (D. 75.1.463; — S. 75.1.212); — Bordeaux 17 juil. 1877 (*Rev. not.*, n° 5521); — Cass. 18 janv. 1892 (S. 92.1.255); — Bordeaux, 9 mai 1894 (D. 95.2.492); — Cass. 2 juil. 1896 (D. 97.1.195).

ment (1). « Il ne saurait suffire assurément, dit M. Pont (*Revue crit.* 1855, t. 7, p. 39), que la qualité de notaire et celle de client soient constantes pour qu'on en doive induire nécessairement que le premier est mandataire du second. » Il n'y a là que des rapports de confiance qui n'impliquent pas de la part du prêteur une procuration proposée, ni de la part du notaire une acceptation corrélatrice (Pont, *Petits contrats*, t. I, n° 854).

La Cour de Rouen ajoute que la qualité de negotiorum gestor ne peut résulter de ce que le prêteur et les emprunteurs se sont rencontrés pour la première fois dans l'étude du notaire ; il en résulte seulement comme cela se pratique habituellement dans les études, que le notaire avait indiqué les emprunteurs qui avaient besoin d'argent au prêteur qui désirait faire un placement et réciproquement.

— L'acceptation tacite d'un mandat ne saurait résulter non plus du fait que le notaire a proposé le placement au prêteur et qu'il a reçu avant la passation de l'acte les fonds destinés à ce placement (2).

Mais d'après la jurisprudence le fait par le notaire de recevoir pour être placés les fonds d'un de ses clients, qui depuis longtemps lui confie pour ces sortes de placements une partie de sa fortune, sans pouvoir s'en occuper lui-même, constitue un mandat, surtout s'il a appliqué pour ses honoraires le double tarif réservé par la Chambre des notaires en cas d'entremise (3). Le fait de réclamer un double honoraire prouve que le no-

(1) Rouen, 29 déc. 1896 (*Rev. not.*, n° 9961).

(2) Cass., 18 janv. 1892 (*Rev. not.*, n° 8967).

(3) Paris, 20 et 27 juil. 1874 (*Rev. not.*, n° 4688).

taire joue le rôle d'intermédiaire, et la jurisprudence admet précisément que ce rôle engage sa responsabilité pour l'insuffisance actuelle des immeubles hypothéqués et l'omission par le notaire de la vérifier. Cependant un arrêt récent de la Chambre des Requêtes (1) décide que « le notaire, intermédiaire des parties dans un prêt, ne devient pas, par cela seul, leur mandataire ni leur gérant d'affaires; son rôle est uniquement de mettre en rapport le prêteur et l'emprunteur, et tant qu'il s'y borne, il ne saurait, en dehors de toute faute spéciale, encourir de ce chef aucune responsabilité. »

Dans la pratique en effet le notaire est bien un intermédiaire, il joue le rôle de courtier, en mettant en rapport deux personnes qui ne se connaissent point, le prêteur et l'emprunteur; les prêteurs ayant l'habitude d'informer leur notaire qu'ils ont des fonds disponibles et les emprunteurs qu'ils ont besoin de capitaux. Mais de ce que le notaire a rapproché les parties contractantes, il ne s'en suit pas qu'il soit le mandataire de celles-ci, à moins d'être spécialement chargé de consommer l'opération (2). « Il n'y a dans ces faits, dit M. Pont, rien qui indique la pensée de la part du notaire de se constituer le mandataire des parties dans l'intérêt desquelles il s'emploie. » (Pont, *Rev. not.*, n° 462, p. 166).

(1) Cass. Req. 28 juin 1899 (*Circul. trimestr. du Comité des not. des départ.*), Paris, 20 sept. 1899, n° 244; — *Rev. not.* n° 10443; — *Pand. franc.*, 1900.1.31, S. 1900.1.135).

(2) V. en ce sens : Besançon, 31 déc. 1894 (*Rev. not.*, n° 9430); — Rouen, 30 janv. 1895 (*Rev. not.* n° 9.396); — Rouen, 29 déc. 1896 (*Rev. not.*, n° 9961, cité *supra*, page 103).

— Une autre présomption a été tirée de ce que le client était illettré et dépourvu d'instruction. Un arrêt de la Cour de Cassation (Req. 22 avril 1856. D. 56.1.247) voit un mandat dans ce fait que les prêteurs ont dû se déterminer sur les conseils de leur notaire, en s'abandonnant à la confiance qu'il leur inspirait, d'où il suit que ce dernier, ne se bornant pas à constater des déclarations spontanées, se serait fait l'intermédiaire et l'agent des parties (1). Il nous semble que la culture intellectuelle du client ne peut pas être un criterium certain pour déterminer si le notaire est mandataire ou non; le notaire doit apporter en effet le même soin aux affaires de chacun; sans doute si son client ne peut se rendre compte par lui-même de l'importance de l'acte qu'il accomplit, il encourra une responsabilité plus grande à raison de la faute plus grave qu'il aura commise dans ce cas; mais il n'en résulte pas qu'il y ait à sa charge une présomption de mandat ou de gestion d'affaire. D'ailleurs une personne peut être illettrée, sans être pour cela incapable de gérer ses affaires, et en fait nous voyons des habitants de la campagne moins ignorants à ce point de vue que des hommes instruits.

— On ne saurait voir non plus une présomption de mandat dans le fait par le notaire de ne pas s'être fait délivrer une décharge de responsabilité par le prêteur (2); cette omission tendrait à prouver au contraire

(1) Dans le même sens : Montpellier, 21 juillet 1863 (S. 64.1.449); — Alger, 6 juill. 1866 (*Rev. not.*, n° 1764); — Angers, 14 janv. 1875 (D. 76.1.260); — Aix, 10 déc. 1881 (*J. N.*, 22723); — Pau, 6 juin 1898 (S. 98.2.300).

(2) Rouen, 29 déc. 1896, cité *supra*, p. 103.

que le notaire se considérait comme n'ayant pas à se faire dégager d'une responsabilité qu'il n'avait encourue en aucune façon, ni comme mandataire, ni comme notaire.

Il est certain que le notaire n'est pas non plus mandataire du prêteur, pour vérifier la solidité d'un placement, lorsqu'il ne s'est pas substitué à lui pour en apprécier les conditions et que celui-ci au contraire s'en est rendu compte lui-même par une visite du gage, et a agi en connaissance de cause (1). D'ailleurs eût-il fait lui-même ces démarches avant la négociation du prêt, qu'on ne saurait y voir à notre avis une présomption de mandat tacite, bien que la jurisprudence se soit prononcée en sens contraire (2); le notaire agit ici en effet dans le but de rendre service à son client, sans avoir nullement l'intention d'accepter un mandat de sa part.

Il a été jugé que la preuve du mandat tacite existait lorsque le notaire avait traité seul avec l'emprunteur sur les conditions et garanties du placement, sans que le prêteur soit intervenu autrement que pour signer l'acte d'emprunt (3). Il est évident que le fait de ne pas mettre en présence les parties contractantes constituera souvent à la charge du notaire une présomption de mandat tacite; cependant elle n'en résulte pas nécessairement, car la constitution d'hypothèque est un contrat

(1) Même arrêt.

(2) Orléans, 8 janv. 1870 (D. 71.2.88; — *Rev. not.*, n° 2898).

(3) Paris, 11 déc. 1884 (*Rev. not.*, n° 7068); — Bordeaux, 12 févr. 1890 (D. 91.2.47); — Amiens, 25 janv. 1899 (S. 1900.2.199).

unilatéral, qui n'exige pas l'acceptation du créancier (1), et lorsque cette acceptation est nécessaire, elle peut être donnée par acte sous signatures privées ou même tacitement; la présence du prêteur n'est donc pas indispensable à la validité de l'acte, et le fait que celui-ci est absent n'implique pas que le notaire soit son mandataire (2).

De nombreuses décisions ont établi que la détention par le notaire des pièces relatives à l'emprunt hypothécaire, entraînait présomption de mandat pour l'accomplissement des formalités postérieures à l'acte et en particulier pour le renouvellement de l'inscription (3). Dans la plupart des cas les tribunaux auront raison de décider ainsi; cependant si le notaire ne détenait la grosse que fortuitement, par exemple comme successeur de celui qui a reçu l'acte de prêt, il n'y aurait pas présomption de mandat à sa charge et sa responsabilité ne saurait exister (4).

De même le tribunal de Perpignan a déclaré que « le notaire simple dépositaire de la grosse d'une obligation hypothécaire dont il n'a pas la minute et dont le dépôt lui a été fait dans un but déterminé autre que celui de surveiller le renouvellement de l'inscription, ne peut encourir de responsabilité à raison de la péremption

(1) Cass. 4 déc. 1867 (S. 68.1.252).

(2) Caen, 9 janv. 1877 (*Rev. not.*, n° 5443).

(3) Moulins, 18 mai 1876 (*Rev. not.*, n° 5427); — Aix, 27 mai 1879 (*J. N.* 22264); — Toulouse, 18 juin 1888 (*Pand. fr.* 90.2.172); — Pau, 26 mars 1890 (D. 91.2.110); — Cass., 18 janv. 1892 (*Rev. not.*, n° 8967); — Bourges 28 déc. 1892 (*Rev. not.*, n° 8980).

(4) Paris, 8 novembre 1894 (*Rev. not.* n° 9372).

de cette inscription » (1). Et cette décision nous semble très juste, car dans la circonstance l'obligation avait été reçue par un autre notaire qui avait toujours eu la gestion de la créance, c'était donc ce dernier qui était le véritable mandataire de ses clients et non pas celui qui ne détenait la grosse que provisoirement et qui ne pouvait se considérer à ce seul titre comme chargé d'un mandat. La détention de la grosse n'est pas non plus une preuve du mandat donné au notaire de renouveler l'inscription, lorsque cette grosse n'a été conservée par lui que pour assurer le paiement des frais d'actes dus par le créancier (2), comme il est d'usage de le faire.

Ce sont là des questions de fait à apprécier dans chaque espèce et dans lesquelles les juges devront tenir compte de l'intention des parties.

— Peut-on faire dériver un mandat à la charge du notaire de l'accomplissement par celui-ci des formalités complémentaires, telles qu'une inscription hypothécaire, une subrogation ou une transcription, qui ne rentrent pas ainsi que nous l'avons vu dans ses fonctions obligatoires?

La jurisprudence l'admet, elle l'a décidé ainsi pour l'inscription d'un privilège de copartageant (3), pour l'inscription d'une hypothèque (4) et pour le renou-

(1) Perpignan, 18 avril 1899 (*Rev. not.*, n° 10373).

(2) Pau, 24 avril 1893 (S. 95.2.104).

(3) Paris, 13 juin 1854 (D. 55.2.252); — Cass., 18 janvier 1892 (D. 92.1.454; — *Rev. not.*, n° 8967).

(4) Trib. Seine, 29 avril 1881 (*J. N.* 22587).

vement d'une inscription hypothécaire (1). Le tribunal de Briey en particulier dans un jugement récent, a déclaré un notaire responsable du défaut de renouvellement de l'inscription, parce qu'il avait présenté de sa propre initiative une réquisition tardive du renouvellement de cette inscription.

Ces faits doivent avoir certainement une influence sur la conviction des juges, mais par eux-mêmes nous croyons qu'ils ne peuvent pas former une preuve suffisante du mandat; ils sont en effet accomplis la plupart du temps à titre gracieux par le notaire. « Un état d'inscription, écrit M. Avignon (2), requis par le notaire ne saurait prouver en principe contre lui un mandat ni une gestion d'affaires, il s'agit là d'une formalité consacrée par l'usage et qu'un notaire ne se dispense jamais de remplir. » Et M. Ed. Clerc, (*Tr. gén. du Not. et de l'Enregistr.*, t. I^{er}, n° 1181) ajoute : « Par cela seul que le notaire a accepté le mandat de remplir certaines formalités d'exécution, il ne faut pas conclure qu'il a été également le mandataire des parties pour le règlement de leurs conventions, qu'il s'est rendu par exemple garant du mérite et de la solidité d'un placement de fonds. »

Les arrêts que nous venons de citer ont eu le tort d'admettre que l'accomplissement tardif de ces formalités prouvait que le notaire en avait été chargé en temps utile. Il a été décidé sagement en sens con-

(1) Cass., 19 mars 1856 (D. 57.1.156); — Briey, 24 février 1899 (*Rev. not.*, n° 40373).

(2) Avignon, *op. cit.*, p. 88.

traire que (1) le notaire qui a pris l'inscription n'a pas assumé pour cela le mandat de la renouveler, bien qu'il ait payé les intérêts annuels du prêt.

L'élection de domicile faite en l'étude du notaire pour y effectuer le paiement du capital et des intérêts des prêts hypothécaires qu'il a reçus, a été considérée aussi par la jurisprudence comme une présomption certaine de mandat, dans un grand nombre d'arrêts (2).

On peut tirer de cette clause la conséquence qu'il y a mandat pour le notaire de toucher les intérêts et le capital pour le créancier, et même de lui transmettre les significations qui seraient faites en son étude; mais on ne saurait y trouver la présomption d'un mandat donné pour la négociation du prêt et l'accomplissement des formalités complémentaires. C'est dans ce sens que s'est prononcé un arrêt récent de la Cour de Bourges, qui s'exprime en ces termes (3) : « La stipulation d'un contrat de prêt, d'après laquelle les intérêts et le capital seront payés en l'étude du notaire rédacteur de l'acte, peut emporter mandat pour celui-ci de toucher les intérêts et le capital de la créance, mais elle n'emporte pas l'obligation de renouveler l'inscription, à moins qu'il n'ait reçu un mandat spécial à cet effet. »

Il nous semble que ces diverses circonstances que nous avons énumérées, ne présentent pas les caractères de gravité, de précision et de concordance, nécessaires

(1) Gien, 10 juillet 1878 (*Rev. not.*, n° 5780).

(2) Toulouse, 25 juillet 1855, consacré par la Ch. des req. le 22 avril 1856 (D. 56.1.247); — Cass req., 4 mai 1874 (D. 74.1 489); — Paris, 11 décembre 1895 (*Gaz. Pal.*, 96.1.174).

(3) Bourges, 24 juillet 1899 (S. 99.2.298).

pour permettre aux juges de les considérer comme des présomptions à l'effet d'établir le mandat tacite donné au notaire. La jurisprudence nous paraît avoir oublié le principe que la gestion d'affaires et le mandat doivent se prouver dans les termes du droit commun ; que d'une part la gestion d'affaires résulte d'un acte spontané d'immixtion dans les affaires d'autrui et non pas d'un sentiment général de confiance mutuelle ; et que d'autre part lorsque la preuve du mandat par témoins ou par présomptions est applicable, elle ne doit être admise qu'avec une grande circonspection.

Toutefois il est d'autres faits plus graves et plus précis sur lesquels la jurisprudence a pu s'appuyer avec raison pour établir l'existence du mandat ou de la gestion d'affaires à la charge du notaire en matière hypothécaire.

Le mandat tacite serait prouvé à la charge du notaire par l'acceptation qu'il aurait faite de la mission de surveiller l'emploi des fonds provenant d'un prêt hypothécaire qu'il aurait lui-même négocié. C'est ce qui résulte d'un arrêt de la Cour de Cassation du 5 février 1896 (1) : Un notaire, après avoir négocié un prêt hypothécaire, s'était chargé en même temps d'employer les fonds versés par le prêteur à désintéresser les créanciers inscrits antérieurement sur l'immeuble donné en gage par l'emprunteur. Il s'était obligé par là même comme mandataire à assurer l'efficacité de l'inscription hypothécaire à prendre en vertu de cette obligation. Mais avant que cette inscription fut prise,

(1) Cass , 5 février 1896 (*Rev. not.*, n° 9698).

l'emprunteur avait contracté une nouvelle obligation hypothécaire sur le même immeuble et devant le même notaire vis-à-vis d'un autre créancier, et cette hypothèque, bien que postérieure en date à la précédente, avait été inscrite avant celle-ci. Le premier prêteur perdait donc ainsi le bénéfice du rang hypothécaire que lui eût assuré une inscription prise en temps utile et ne pût obtenir qu'un remboursement partiel de sa créance. Le notaire fut déclaré responsable de la perte éprouvée par ce dernier, par la seule application des règles du mandat.

Il a été jugé qu'il y avait mandat tacite pour le notaire de renouveler l'inscription hypothécaire dans le fait par lui d'avoir conservé la grosse de l'obligation par lui reçue au lieu de la remettre au créancier (1); et d'avoir continué à payer au créancier les intérêts de la somme empruntée, même après avoir vu repousser sa demande en collocation dans l'ordre, en raison du non renouvellement de son inscription hypothécaire (2).

Il en serait de même et le mandat tacite ou la gestion d'affaires seraient prouvés, dans le cas où le notaire a négocié lui-même le prêt, en a fixé les conditions, sans mettre le prêteur en rapport avec l'emprunteur (3); ou encore s'il a reçu lui-même les deniers des prêteurs et les a placés entre les mains de personnes qui leur étaient inconnues (4); s'il a indiqué l'emprunteur dont

(1) Pau, 4 juillet 1892 (D. 93.2.222).

(2) Moulins, 18 mai 1876 (*Rev. not.*, n° 5247).

(3) Cass., 4 mars 1853 (*J. N.* 17679; — Rouen, 18 mai 1868 (*J. N.* 19422); — Lyon, 3 mai 1873 (*J. N.* 20877); Cass., 20 décembre 1882 et 21 octobre 1885 (*Rev. not.*, n° 7228).

(4) Paris, 20 et 27 juillet 1874 (*Rev. not.*, n° 4688).

il a attesté la solvabilité, et s'il s'est chargé lui-même de vérifier la situation hypothécaire et a rassemblé tous les documents nécessaires pour l'établir (1).

Il nous reste à examiner maintenant si l'élection de domicile, faite par les parties en l'étude du notaire, est une présomption de mandat tacite à la charge de ce dernier. Nous ne le croyons pas et nous sommes d'accord sur ce point avec la Cour de Rouen (2) qui déclare que l'élection de domicile est une mention de style insérée dans les actes beaucoup plus dans l'intérêt du notaire lui-même que dans celui des parties, et n'a d'autres effets que ceux prévus par l'article 111 du Code civil; elle servira, par exemple, en cas de contestation à déterminer le tribunal compétent, et en cas d'offres réelles elle dispensera de colporter les fonds au domicile du créancier. (Pont, *Rev. crit.*, 1855, t. VII, p. 46.)

La Cour de Douai (3) a décidé également que « l'élection de domicile faite pour la validité de l'inscription en l'étude d'un notaire étranger à l'affectation hypothécaire, sans son aveu et à son insu, ne peut devenir à sa charge le principe d'un mandat. »

L'élection de domicile n'est donc pas une preuve que le notaire a reçu un mandat général pour tout ce qui concerne le placement hypothécaire. Mais cette clause

(1) Cass., 11 juillet 1866 (*Rev. not.*, n° 1851); — Rouen, 22 novembre 1886 (*Rev. not.*, n° 7578); — Douai, 19 et 24 janv. 1887 (*Rev. not.*, n° 7620); — Pau, 6 juin 1898 (S. 98.2.300).

(2) Rouen, 23 décembre 1896 (*Rev. not.*, n° 9961), v. *suprà*, p. 103.

(3) Douai, 23 novembre 1892 (*Rev. not.*, n° 8903).

peut avoir été insérée dans l'acte spécialement pour charger le notaire de communiquer aux intéressés les significations qui lui seront adressées en cas d'exécution forcée. Il faut distinguer dans ce cas si le notaire a accepté ou non l'élection de domicile. Dans le premier cas, en laissant les parties élire domicile en son étude, il consent tacitement à devenir leur mandataire; il est dès lors certain que s'il reçoit des pièces qui les intéressent, il doit les leur transmettre, autrement le mandat n'aurait aucune raison d'être (1).

En outre, l'élection de domicile étant faite en l'étude du notaire, le mandat qui en résulte passe au successeur, car ce n'est pas la personne même du notaire que les parties ont en vue, mais l'étude elle-même considérée comme une sorte de personne morale.

La jurisprudence s'est prononcée en ce sens (2), la Cour de Douai (22 février 1892. *Rev. not.*, n° 8838), a décidé que « le notaire en l'étude duquel a été faite élection de domicile dans une inscription d'hypothèque n'est tenu que de faire parvenir en temps utile aux intéressés les exploits signifiés en son étude. » Cette clause n'emporterait donc pas pour le notaire le mandat de renouveler l'inscription.

Pour se réserver un moyen de prouver en cas de contestation qu'il a rempli ses obligations et qu'il a fait parvenir aux intéressés les exploits qui leur étaient signifiés en son étude, le notaire fera bien de n'envoyer les significations que sous pli recommandé, afin que le récépissé puisse lui servir de pièce justificative.

(1) Demolombe, t. I, n° 372; Aubry et Rau, t. Ier, p. 591.

(2) Cour de Nancy, 28 mai 1892 (*Rev. not.*, n° 8787).

D'ailleurs, pour éviter la responsabilité qui leur incombe par suite de l'élection de domicile faite en leur étude, nous croyons que les notaires pourraient refuser d'insérer cette clause dans les actes qu'ils reçoivent, en faisant remarquer à leurs clients qu'en l'acceptant, ils deviennent parties à l'acte, contrairement à l'article 8 de la loi du 25 ventôse an XI. (Pont, *Petits contrats*, t. 1^{er}, n^o 853.)

Il arrive souvent aussi que l'élection de domicile est faite en l'étude par les parties elles-mêmes, à l'insu du notaire; ceci se produit en particulier dans les bordereaux d'inscription, lorsque celle-ci n'a pas été prise par le notaire en vertu de l'acte d'obligation passé devant lui, et que le créancier a rempli lui-même cette formalité; il est d'usage aussi entre notaires d'insérer cette clause dans les bordereaux, lorsque les immeubles ne se trouvent pas dans le même arrondissement que l'étude du notaire qui a reçu la constitution d'hypothèque. Il nous semble que dans ces conditions il est difficile d'admettre que l'élection de domicile emporte mandat à la charge du notaire; il ne pouvait, en effet, y avoir d'acceptation, puisqu'il ignorait l'insertion de cette clause. Cependant quelques auteurs (1) voient ici une acceptation tacite du mandat dans le fait par le notaire de recevoir sans protester, les significations faites en son étude, significations qu'il est obligé de transmettre aux intéressés, comme étant détenteur de la chose d'autrui.

Pour nous, nous ne saurions voir une acceptation

(1) Aubry et Rau, *Cour de droit civil*, t. 1^{er}, p. 528.

tacite de mandat dans une réception de pièces faite par un notaire, que si ce fait rentre naturellement dans l'exercice de ses fonctions ; or, il n'en est pas ainsi des significations dont il s'agit, qui rentrent plutôt dans les fonctions de l'avoué ; par conséquent, l'acceptation du mandat devrait être prouvée conformément au droit commun.

CHAPITRE III

Obligations du notaire en qualité de mandataire ou de gérant d'affaires.

Lorsque le notaire s'est constitué mandataire ou gérant d'affaires de son client, et que le mandat ou la gestion ont été prouvés, d'après les principes que nous avons exposés au chapitre précédent, il appartient aux juges d'en apprécier l'étendue. Il ne faut pas croire en effet, que par le seul fait qu'il y a mandat, le notaire soit responsable de toutes les conséquences du placement qu'il a négocié, et qu'il soit tenu de réparer tout le préjudice que le bailleur de fonds aura pu éprouver.

Comme mandataire, le notaire est tenu d'accomplir son mandat tant qu'il en demeure chargé et répond des dommages-intérêts qui pourraient résulter de son inexécution (art. 1991). Si le mandat est gratuit, il ne répond que de sa faute légère *in concreto*, c'est-à-dire qu'il doit apporter à l'exécution de son mandat les soins qu'il apporte dans la gestion de ses propres affaires; si, au contraire, il reçoit un salaire en sa qualité de mandataire, il répondra de sa faute légère *in abstracto*, c'est-à-dire de la faute que ne commettrait pas un bon père de famille (art. 1137 et 1992 *in fine* C. civ.). C'est une question de fait laissée à l'appréciation du juge, qui doit se montrer moins sévère pour

celui dont le mandat est gratuit que pour celui qui reçoit une rémunération (art. 1991).

Mais la jurisprudence a quelquefois conclu qu'il y avait mandat salarié de ce seul fait que le notaire percevait des honoraires (1). La doctrine a toujours protesté contre cette manière de voir. En effet, le notaire perçoit les mêmes honoraires, qu'il soit simple rédacteur de l'acte de prêt ou qu'il se soit chargé de la négociation du placement. La solution serait différente, s'il avait exigé des honoraires supplémentaires pour l'indemniser des risques que pouvait lui faire courir le mandat, il serait sans aucun doute dans ce cas mandataire salarié; dans la pratique, cette circonstance se présente rarement et il faut admettre en principe que le notaire est un mandataire gratuit.

Il devra apporter à l'exécution de ce mandat une diligence d'autant plus grande que son mandant est inhabile en affaires (2).

En vertu de l'article 1993 du Code civil, le notaire comme tout mandataire doit rendre compte de sa gestion à son mandant et lui donner au sujet de la négociation du placement toutes les explications qui lui sont nécessaires pour se faire une opinion. Lorsqu'il aura rempli cette obligation, il n'aura plus rien à se reprocher, car il a mis le prêteur à même de refuser les conditions proposées, et si ce dernier les a acceptées, c'est en connaissance de cause.

Les notaires ne sont d'ailleurs jamais cautions des

(1) Poitiers, 30 juin 1847 (D. 47.2.190).

(2) Trib. des Andelys, 16 mars 1886, conf. par Rouen, 23 novembre 1886 (*Rev. not.*, n° 7578).

opérations qu'ils proposent comme mandataires; l'ordonnance du 4 janvier 1843 le leur défend. Il en résulte qu'ils ne pourront jamais opposer au prêteur le bénéfice de discussion. La jurisprudence admet cette opinion (1) et la Cour de Cassation le décide en ces termes (2) : « Le notaire qui, en qualité de *negotiorum gestor* du prêteur dans un placement hypothécaire, est responsable vis à-vis de lui de la faute qu'il a commise en lui donnant des renseignements inexacts, ne peut pas opposer à celui-ci la discussion préalable des biens de l'emprunteur comme s'il n'était qu'une simple caution. » La responsabilité du notaire encourue par sa faute à raison du préjudice qu'elle a causé, est directe et principale, et il ne peut donc être traité comme caution. Du reste, il ne serait pas dans l'intérêt du notaire qu'on puisse le considérer comme tel, car la caution répond même des cas fortuits.

Ce que nous disons du mandat s'applique également en ce qui concerne la gestion d'affaires.

— Lorsque le mandat sera exprès, il indiquera ordinairement la limite des obligations du notaire, et lorsqu'il sera tacite, elles pourront être déterminées par les circonstances de ce mandat. Il pourra se faire d'abord que le mandat soit spécial et limité à la négociation du prêt, le notaire devra alors s'assurer de la valeur du gage, vérifier les charges hypothécaires qui grèvent l'immeuble et la solvabilité de l'emprunteur. Dans ce cas, après la signature de l'acte, la prise de l'inscription et la remise des fonds à l'emprunteur, le

(1) Paris, 5 février 1892 (D. 92.2.497).

(2) Cass., 5 décembre 1893 (*Rev. not.*, n° 9445).

notaire n'est plus tenu d'aucune obligation. Toutefois le mandat pourra être plus étendu et comprendre toute la série des actes intermédiaires qui suivent l'opération, et notamment le renouvellement des inscriptions hypothécaires, et les mainlevées et radiations ; le notaire sera alors responsable des fautes qu'il pourrait commettre au cours de ces opérations.

Nous allons rechercher quelles sont les principales obligations du notaire dans ces différentes hypothèses, mais il nous sera impossible de passer en revue toutes les espèces qui peuvent se présenter.

1° Mandats généraux. — Lorsqu'un notaire s'est chargé comme mandataire de négocier un placement hypothécaire, il doit se rendre compte par lui-même de la suffisance des sûretés offertes par le débiteur et procéder dans ce but à une comparaison minutieuse entre la valeur des biens offerts en garantie et l'importance des charges qui les grèvent. Pour faire cette évaluation, il devra examiner la contenance superficielle, le revenu et les impôts des immeubles. Il en est ainsi non seulement quand la garantie concédée est la constitution d'une hypothèque, mais aussi lorsqu'il s'agit de la cession ou de la subrogation à une sûreté préexistante telle qu'un privilège ou une hypothèque (1).

Le montant de la créance ne doit jamais absorber la valeur intégrale des biens. Il est difficile cependant d'établir une règle certaine à ce sujet et de déterminer où commence la faute du notaire en cas d'insuffisance

(1) Nîmes, 16 août 1870 (D. 72.5.331).

du gage. Un arrêt de la Cour d'Orléans (1) a posé en principe que le gage doit être réputé insuffisant, lorsque la valeur des biens hypothéqués ne dépasse pas, au moment du prêt, le capital prêté d'une somme assez forte pour parer aux frais de leur réalisation, aux années d'intérêts conservées par la loi au même rang que le capital et à une certaine dépréciation des propriétés immobilières.

De nombreuses décisions ont rendu responsables de l'insuffisance des garanties hypothécaires, des notaires qui s'étaient chargés de placer des fonds appartenant à leurs clients (2). Toutefois pour que cette responsabilité puisse être prononcée, il ne suffit pas de prouver que le notaire a été négociateur du prêt, il faut encore établir qu'il a commis une faute dans cette négociation. Nous savons que le notaire de bonne foi ne répond que des fautes résultant d'une erreur inexcusable et qui proviennent soit de son impéritie, soit d'une négligence ou d'une imprudence appréciable. Il est nécessaire en outre que cette faute ait causé un préjudice au client et que ce préjudice soit actuellement certain et non purement éventuel; il suffit à cet égard que le prêteur se trouve privé d'une collocation utile sur le prix de l'immeuble hypothéqué (3).

La jurisprudence (4) a déclaré cependant que, même

(1) Orléans, 9 déc. 1892 (D. 94.2.452).

(2) Cass., 14 janv. 1856 (D. 56.1.456); Cass., 8 déc. 1874 (*Rev. not.*, n° 4973); — Rouen, 22 nov. 1886 (*Rev. not.*, n° 7578); — Req., 14 nov. 1899 (D. 1900.1.21).

(3) Lyon, 3 juil. 1868 (D. 68.2.229). V. en ce sens Vavas seur (*Rev. not.*, n° 4984).

(4) Cass. Req., 2 juil. 1896 (D. 97.1.195).

en l'absence d'une faute constatée, le notaire était responsable des suites préjudiciables d'un placement hypothécaire effectué par lui comme mandataire de son client, en tenant compte des circonstances de la cause et des habitudes existant dans le notariat de la région ; ces circonstances et ces habitudes devant être souverainement appréciées par les juges du fond. Cette décision nous semble bien arbitraire ; n'est-ce pas être en opposition avec tous les principes admis que de condamner un individu à la réparation d'un dommage dont il n'est pas l'auteur ?

En présence de cette jurisprudence, le notaire mandataire ou gérant d'affaires devra donc vérifier soigneusement si les immeubles à hypothéquer sont d'une valeur suffisante pour mettre le prêteur à l'abri de tout danger de perte. On ne peut pourtant exiger de lui une prévoyance au-delà des forces humaines, et il est des éventualités qui échapperont légitimement à ses prévisions (1). Il ne serait pas responsable de l'insuffisance des garanties hypothécaires provenant d'un cas de force majeure, comme la dépréciation croissante des immeubles résultant d'événements imprévus, tels qu'une crise agricole, une guerre, une révolution, si au moment du prêt ces immeubles étaient d'une valeur suffisante pour le garantir (2). A plus forte raison sa responsabilité ne saurait exister pour ce motif vis-à-vis du

(1) V. en ce sens, Paul Henry (*Rev. not.*, n° 8786).

(2) Bordeaux, 9 février 1887 (*Pand. franc.*, 1900 ; — *Privil. et hypoth.*, n° 7555 ; — Cour de Poitiers, 11 nov. 1889 (D. 90. 2.198) ; — Angers, 18 mars 1896 (S. 97.2.158) ; — Req., 12 déc. 1898 (D. 99.1.345) ; — Pau, 6 juin 1898 (S. 98.2.300).

prêteur, « lorsqu'il s'est borné à faire office de notaire (1) et qu'il a d'ailleurs rédigé l'acte avec un soin minutieux, après avoir fourni à son client les renseignements les plus complets sur le nombre et l'étendue des hypothèques grevant les immeubles affectés à la sûreté de son prêt. » Quand l'acte d'obligation fournit ainsi au bailleur de fonds les éléments nécessaires pour contrôler la valeur et la sincérité du gage, c'est à lui à faire ses calculs et à exiger une garantie hypothécaire qui restera suffisante, alors même qu'il surviendrait une dépréciation des biens. S'il ne le fait pas, c'est lui qui est en faute, et il serait aussi contraire au droit qu'à l'équité de rendre le notaire responsable d'un fait qui doit être réputé imputable à l'imprévoyance du créancier (2).

Toutefois la Cour d'Angers relève une faute de la part du notaire pour n'avoir pas envisagé l'hypothèse d'une expropriation forcée pouvant amener une dépréciation de la valeur vénale de l'immeuble (3). Il nous semble pourtant que l'expropriation forcée, conséquence de la déconfiture de l'emprunteur, est un événement aussi imprévu que les cas de force majeure, dans lesquels la même Cour a dégagé le notaire de toute responsabilité.

Nous supposons toujours le notaire chargé d'un mandat, il est bien entendu que s'il n'a fait qu'accomplir un

(1) Rouen, 29 déc. 1896 (*Rev. not.*, n° 9961) ; — Cass., 28 juin 1899 (S. 1900 1.135).

(2) V. en ce sens Laurent, t. 30, n° 517 ; — Pont, *Petits contrats*, t. 2, n° 693 ; — Riom, 27 mai 1895 (J. N., n° 25921) ; — Trib. Seine, 20 mars 1900 (J. N., n° 27168).

(3) Angers, 18 mars 1896 (S. 97.2.158).

acte de sa fonction notariale et non un acte de mandataire ou de *negotiorum gestor*, il ne peut être rendu responsable que de la validité de cet acte. et en aucun cas de la solidité du placement ni de l'erreur dans l'évaluation de l'immeuble donné en gage (1).

— En tant que mandataire le notaire ne doit pas se contenter d'apprécier la valeur du gage, il est obligé en outre de vérifier l'état hypothécaire de l'immeuble avant la signature de l'acte (2); des lésions graves pourraient résulter pour les créanciers de l'omission de cette formalité. Il en serait ainsi s'il affirmait que les biens affectés sont francs et quittes de toute charge, en s'en rapportant sur ce point aux déclarations mensongères de l'emprunteur (3). *A fortiori* sa responsabilité serait plus grande s'il s'était rendu complice du dol de celui-ci; la bonne foi est es effet l'obligation essentielle du mandataire. « *Nihil amplius quam bonam fidem præstare, eum oportet qui procurat.* » (Loi 10, *Pr. Dig. Mandati vel contra*, XVII, 1).

Pour vérifier cette situation hypothécaire des biens offerts en gage, il doit se faire délivrer les états des inscriptions grevant les immeubles de l'emprunteur; s'il omet cette formalité ou s'il ne la remplit qu'après la passation du contrat de prêt, il cause au prêteur un préjudice dont il doit répondre et pour l'appréciation

(1) Besançon, 31 déc. 1894 (*Rev. not.*, n° 9430); — Nancy, 27 nov. 1895 (*Rev. not.*, n° 9574); — Nîmes, 23 juin 1897 (D. 97.2.504); — Toulouse, 22 mai 1900 (*Rép. gén. prat. du Notariat*. Defrénois, n° 11536).

(2) Cass. 20 déc. 1882 (D. 83.1.311).

(3) Cass. 28 mai 1888 (D. 89 1.187).

duquel il faut envisager la situation qu'aurait eue le prêteur si le contrat avait été sincère (1).

Pour qu'un placement hypothécaire soit solide, il faut en outre que l'emprunteur présente personnellement des garanties suffisantes ; le notaire sera donc tenu de s'informer de la solvabilité et de la moralité de ce dernier, quand elles lui auront été expressément demandées (2).

Après avoir vérifié la valeur du gage, le notaire devra faire en sorte d'en assurer au prêteur la conservation ; à cet effet sa qualité de mandataire lui imposera l'obligation d'insérer dans l'acte constitutif d'hypothèque la stipulation que les immeubles affectés à la sûreté de la créance seront assurés contre l'incendie ou que les polices seront renouvelées (3). Avant la loi du 19 février 1889, l'acte d'obligation devait contenir aussi une clause de délégation des indemnités d'assurance consentie par les emprunteurs au prêteur ; aujourd'hui cette clause n'est plus indispensable, puisque, en vertu de cette loi les indemnités dues aux assurés par les Compagnies d'assurance sont déléguées de plein droit aux créanciers hypothécaires ou privilégiés.

En outre lorsque le notaire, auquel le prêteur a remis les fonds, a reçu mandat de celui-ci de les employer à libérer l'immeuble de l'emprunteur, avec stipulation qu'il fera tout ce qui peut être de nature à garantir sa créance, il assume l'obligation de faire substituer son mandant aux droits et actions du créancier hypothécaire

(1) Bordeaux, 12 nov. 1895 (D. 96.2.440).

(2) Paris, 21 mai 1851 (D. 51.2.209).

(3) Eloy, *op. cit.*, n° 819, t. II, p. 244.

ou privilégié désintéressé avec les fonds prêtés ; il commettrait donc une faute lourde engageant sa responsabilité, s'il faisait subroger l'emprunteur des deniers aux droits de ce créancier, au lieu d'y faire subroger celui qui les a fournis (1).

La mission du notaire peut être plus étendue et ne pas s'arrêter à la réalisation du placement, elle peut comprendre encore la tâche de prendre ensuite toutes les mesures nécessaires à la conservation des droits hypothécaires du prêteur. Sa responsabilité s'aggraverait alors, il aurait notamment à requérir l'inscription nécessaire pour l'efficacité de l'hypothèque (2), et même le renouvellement décennal sans lequel l'inscription est périmée (3) ; il pourrait être tenu en outre dans certaines circonstances de faire opérer les radiations d'inscriptions dans l'intérêt de l'acquéreur d'un immeuble (4) ou dans celui du créancier lorsque le bien offert en garantie par l'emprunteur est déjà grevé d'hypothèque (5), ou de remplir les formalités de la purge après un acte passé en son étude (6). La jurisprudence s'est prononcée en ce sens dans toutes ces hypothèses, et l'a déclaré responsable de l'omission de ces formalités.

(1) Cass. 27 oct. 1891 (D. 92.1.95) ; — Cass. req. 5 févr. 1896 (S. 1900.1.186).

(2) Req., 9 juil. 1890 (D. 91.1.381) ; — Cass. 5 fév. 1896 (*Rev. not.*, n° 9698) ; il a été décidé dans le même sens pour l'inscription d'un privilège de copartageant ; — V. Montpellier, 30 juin 1890 (D. 91.1.381) ; — Cass., 18 janv. 1892 (*Rev. not.*, n° 8967).

(3) Cass. 15 déc. 1874 (*Rev. not.*, n° 4852) ; — Aix, 27 mai 1879 (*J.N.*, n° 22264).

(4) Paris, 20 février 1890 (D. 91.2.183).

(5) Douai, 19 et 24 janvier 1887 (*Rev. not.*, n° 7620).

(6) Req., 11 juil. 1893 (D. 93.1.563).

Au cas de subrogation à l'hypothèque légale de la femme de l'emprunteur, le notaire, s'il a reçu mandat à cet effet, doit toujours, en vertu des mêmes principes, prendre l'inscription de cette subrogation. Cependant ici la Cour de Rennes (1) fait une distinction ; elle admet bien que le notaire, en dehors d'un mandat à lui donné, n'est pas tenu de procéder à l'inscription de l'hypothèque résultant de l'acte qu'il a reçu ; mais elle ajoute que si le prêt, étant consenti par deux époux, emporte subrogation du prêteur dans l'hypothèque légale de la femme de l'emprunteur, il est obligé, sans qu'il soit besoin d'un mandat exprès, de remplir les conditions nécessaires pour que la subrogation soit opposable aux tiers. Cette distinction est critiquable à notre avis, il convient de s'en tenir à la jurisprudence aujourd'hui constante de la Cour de Cassation, qui pose en principe que la responsabilité du notaire n'est engagée par le défaut d'accomplissement des formalités nécessaires pour rendre l'hypothèque ou la subrogation opposable aux tiers, que s'il a reçu mandat de les remplir (2).

Toutefois, le notaire n'est responsable de n'avoir pas fait opérer des inscriptions ou des radiations d'hypothèques, qu'autant que cette omission a causé un préjudice et seulement dans la limite de ce préjudice. La responsabilité cesse par exemple, si l'hypothèque étant nulle, ne pouvait même inscrite avoir aucun effet (3).

(1) Rennes, 21 février 1893 (S. 95.2.103).

(2) V. pages 33 et s.

(3) Limoges, 2 déc. 1885 (D. 87.1.449).

Elle existe au contraire si le défaut d'inscription a empêché le créancier d'être complètement désintéressé sur le prix de vente des immeubles hypothéqués (1); ou encore si ce défaut d'inscription a occasionné la perte du rang hypothécaire, même avant que la créance soit devenue exigible, la perte du rang hypothécaire constituant un préjudice actuel et certain qui autorise une condamnation contre le notaire (2).

— En ce qui concerne le privilège du vendeur pour la conservation duquel la loi exige une inscription d'office, le conservateur des hypothèques seul en est responsable, les notaires ne sont tenus en aucune façon de la requérir; le conservateur est donc obligé à la fois de faire la transcription de la vente et de prendre l'inscription. Les notaires se bornent à mentionner dans leurs actes, en faisant l'origine de propriété, que la vente a été transcrite, avec inscription d'office sur les registres hypothécaires. Cette inscription a pour but d'avertir les tiers, les créanciers de l'acheteur, de l'existence du privilège du vendeur sur l'immeuble affecté à la garantie de leur créance, pour le cas où ils omettraient de demander un état des transcriptions en même temps qu'un état des inscriptions.

— Ce n'est pas seulement lorsqu'il a omis de prendre l'inscription en temps utile, après en avoir reçu le mandat, que la responsabilité du notaire se trouve engagée; il peut encore être passible de dommages-intérêts, quand cette inscription présente par sa faute des irrégularités, qui en entraînent la nullité ou tout au

(1) Dijon, 26 oct. 1892 (D. 93.2.205).

(2) Req., 22 août 1864 (D. 65.1.64).

moins l'inefficacité. Il y aurait nullité de l'inscription, dont le notaire devrait répondre, par exemple, s'il a omis de mentionner dans le bordereau l'acte constitutif d'hypothèque (1), s'il l'a prise dans un bureau autre que celui dans l'arrondissement duquel l'immeuble est situé (2), ou encore si le bordereau envoyé au conservateur contenait une transposition des noms du créancier et du débiteur (3). L'inscription serait également nulle pour défaut de désignation spéciale des immeubles (4), ou si le bordereau ne contenait pas la date de l'exigibilité des créances, ni la date et la nature du titre (5). Quant à l'inefficacité de l'inscription, elle peut résulter d'un simple retard, tel serait le cas où requise seulement onze jours après l'acte, cette inscription se trouverait primée par une autre prise dans l'intervalle (6). Elle peut provenir aussi de l'insuffisance des termes du bordereau, dans lequel on aura oublié de mentionner la subrogation à l'hypothèque légale de la femme de l'emprunteur, le créancier hypothécaire se trouvant ainsi primé par cette hypothèque légale (7).

Toujours en sa qualité de mandataire du créancier à l'effet de requérir l'inscription, le notaire a encore été déclaré responsable, en cas de prêt souscrit par deux époux, avec hypothèque sur quelques-uns des immeu-

(1) Nîmes, 5 février et 27 juin 1849 (D. 50.1.266.267).

(2) Req. 25 nov. 1872 (D. 73.1.134).

(3) Joigny, 17 mars 1859 (D. 59.3.46).

(4) Req. 28 janv. 1895 (D. 95.1.184).

(5) Cass. 2 mai 1882 (D. 83.1.73); — Limoges, 2 août 1883, sous Cass. 24 janv. 1887 (D. 87.1.409).

(6) Toulouse, 30 mai 1829 (D. 30.2.181).

(7) Bordeaux, 21 janv. 1862 (*Rev. not.*, n° 285).

bles du mari, mais avec subrogation dans l'hypothèque légale de la femme sur la totalité de ces immeubles, pour avoir limité par la rédaction du bordereau l'effet de cette subrogation aux seuls immeubles spécialement hypothéqués par le mari, privant ainsi le créancier d'une partie de ses sûretés (1). La faute du notaire a causé ici l'inefficacité partielle de l'inscription (2).

2° *Mandats spéciaux*. — En dehors du mandat général de négocier le placement et d'accomplir les formalités postérieures à l'acte constitutif d'hypothèque, le notaire peut être chargé de remplir des mandats spéciaux dont la variété est infinie et dont nous ne passerons en revue que ceux qui se présentent le plus souvent, et qui se rapportent aux placements hypothécaires.

1° — Le notaire peut avoir reçu le mandat spécial de faire colloquer le créancier à l'ordre ouvert sur le prix de l'immeuble vendu (3). Nous avons vu (4) que la jurisprudence faisait aussi découler ce mandat de l'élection de domicile faite en l'étude du notaire par le créancier et le déclarait responsable de la forclusion encourue par celui-ci dans un ordre, faute de lui avoir transmis la sommation d'y produire, qui avait été faite en son étude.

2° — Le mandat le plus fréquent et le plus important

(1) Cass. Req. 23 janv. 1899 (*Rev. not.*, n° 10.448, S. 1900, t. 11).

(2) Le notaire n'est pas responsable si l'erreur ne provient pas de son fait. Cass. 24 oct. 1893 (S. 1894.1.226); — Cass. 27 juin 1899 (S. 1900.1.229).

(3) Cass. civ., 9 mai 1899 (D. 99.1.365).

(4) V. pages 110 et s.

est celui qui est relatif à un paiement que le notaire peut être chargé de recevoir ou d'effectuer. Il peut par exemple avoir reçu d'un créancier hypothécaire la mission de poursuivre le débiteur devenu insolvable et de recevoir les fonds provenant de l'adjudication faite en son étude. Si dans la suite le notaire venait à détourner ces fonds, le prêteur ne serait pas fondé à poursuivre l'adjudicataire, celui-ci ayant régulièrement payé son prix dans l'étude du notaire, qui était mandataire réel du prêteur et chargé de l'adjudication (1).

Ce mandat de paiement à recevoir ne saurait résulter de la stipulation insérée ordinairement dans les actes d'obligation que « les paiements en principal et intérêts seront effectués dans l'étude du notaire rédacteur » (2). Cependant certaines circonstances de fait peuvent en modifier la portée et permettre d'en induire que le notaire avait pouvoir de toucher. Cette clause lui confère seulement le mandat de transmettre à ses clients toutes les significations ou notifications qui leur seront faites en son étude relativement à ces actes, et en particulier, comme nous venons de le voir, les sommations de produire à un ordre.

Lorsqu'un notaire accepte la mission d'effectuer un paiement pour le compte d'un client, il doit employer les deniers à la destination qui leur est assignée, conformément à la volonté de son mandat ; et il doit veiller en outre, en opérant le paiement, à ce que tous les

(1) V. en ce sens Cour de Dijon, 22 nov. 1895 (*Rev. not.*, n° 9539). — Paris, 9 juil. 1900 (*Rép. gén. prat. du not.*, n° 11591).

(2) Cass. 12 mars 1844 (S. 44.1.321); — Douai, 29 déc. 1862 (S. 64.2.260); — Rouen, 29 déc. 1896 (*Rev. not.*, n° 9961).

intérêts de celui-ci (le *solvens*) soient fidèlement sauvegardés. Dans ce but, il devra en se dessaisissant de la somme voulue, se faire délivrer une mainlevée dégageant le patrimoine du débiteur des entraves que l'hypothèque apportait à son crédit (1). Si le notaire négligeait d'obtenir cette mainlevée, dans le cas où il s'agirait par exemple de la distribution du prix d'une vente entre les créanciers inscrits sur l'immeuble vendu, il serait tenu d'indemniser l'acquéreur du préjudice que lui occasionnerait l'obligation de faire radier ces inscriptions (2).

Ce mandat de distribuer le prix d'une vente engendrera encore à sa charge le plus souvent l'obligation d'accomplir les formalités de la purge. En pareil cas il pourra être déclaré responsable du défaut de purge (3) ou de la nullité de celle-ci (4). En omettant en effet de réaliser la purge au profit de l'acquéreur de l'immeuble, il engage sa responsabilité à raison des condamnations prononcées contre le vendeur, son mandant, en sa qualité de garant de l'acquéreur poursuivi par les créanciers inscrits.

En vertu du même mandat il sera responsable d'avoir oublié dans la distribution un des créanciers inscrits, et de n'avoir pas suffisamment tenu compte de l'ordre des inscriptions. Le notaire doit faire la répartition entre les créanciers conformément à leurs droits hypothécaires, et il est tenu en conséquence de réparer le

(1) Dijon, 18 juil. 1873 (D. 75.2.22; *Rev. not.*, n° 4.604).

(2) Paris, 20 février 1890 (D. 91.2 183).

(3) Sedan, 29 août 1877 (*Rev. not.*, n° 5531).

(4) Cass., 22 mars 1852 (D. 52.1.282).

préjudice causé à celui dont le rang n'a pas été respecté (1). Il serait également passible d'une condamnation pour avoir fait le paiement du prix de vente entre les mains du vendeur, au préjudice des créanciers inscrits, et *a fortiori* pour avoir omis d'obtenir à leur profit la subrogation dans le privilège de celui-ci (2).

3° — Le notaire peut être encore chargé du mandat d'obtenir la mainlevée d'une hypothèque (3) et d'en opérer la radiation. Dans ce dernier cas il serait responsable de l'inexécution totale de ce mandat (4), ou d'une exécution trop hâtive, opérée par exemple avant l'événement d'une condition suspensive à laquelle son accomplissement était subordonné (5). Il n'encourt au contraire aucune responsabilité s'il a été déchargé par exemple par l'acheteur d'un immeuble grevé de charges hypothécaires du mandat d'obtenir mainlevée de ces hypothèques (6).

— Il résulte de ces principes que la responsabilité du notaire comme mandataire ou gérant d'affaires est extrêmement lourde, néanmoins les juges ne devront pas se montrer d'une rigueur excessive, car elle comporte certaines circonstances atténuantes. Le législateur nous en indique lui-même dans les articles 1374 et 1992 du Code civil; d'une part il déclare que « les

(1) Cass. 31 mars 1888 (D. 90.1.68); — Bourges 24 juil. 1899 (S. 99.2.298).

(2) Dijon, 12 juil. 1866 (*J. N.* n° 19.695); — Cass. req. 20 nov. 1871 (D. 72.1.181).

(3) Paris, 14 fév. 1823 (S. 23.2.261).

(4) Cass. 9 juil. 1896 (D. 91.1.381).

(5) Cass. 21 oct. 1891 (D. 92.1.221).

(6) Cass. Req. 20 janv. 1896 (S. 1900.1.119).

circonstances qui ont conduit le gérant à se charger de l'affaire peuvent autoriser le juge à modérer les dommages-intérêts qui résulteraient de ses fautes ou de sa négligence » (article 1374). D'autre part, le mandat du notaire est gratuit, les honoraires qu'il perçoit en effet sont généralement la rémunération de ses fonctions notariales et non de son mandat ; or, d'après l'article 1992, « la responsabilité relative aux fautes est appliquée moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit qu'à celui qui reçoit un salaire. » Mais ces circonstances ne sont pas les seules et les tribunaux devraient tenir compte encore, de ce que l'erreur commise, sans être complètement excusable (ce qui exclurait toute responsabilité), se trouverait sur les extrêmes limites de l'imputabilité (P. Henry, Respons. notariale, *Rev. not.*, n° 8786).

APPENDICE I^{er}

1. — Responsabilité du notaire en second.

Nous savons que la loi du 25 ventôse an XI, article 9, exige que les actes soient reçus par deux notaires ou par un notaire assisté de deux témoins. Il importe de préciser dans quelle mesure la responsabilité du notaire en second peut être engagée.

Depuis la loi du 21 juin 1843 la signature du notaire en second est toujours requise, mais sa présence à l'acte n'est plus nécessaire. Par suite il n'encourt plus en principe aucune responsabilité à raison des irrégularités et des fautes que sa présence seule pouvait lui rendre imputables, puisqu'il n'est plus appelé à l'acte que pour adjoindre sa signature à celle de son collègue. D'après un certain nombre d'auteurs (1), le notaire en second ne serait responsable d'aucune espèce de nullité, même de celles qu'une simple lecture suffit à révéler, ce qui implique la dispense de tout examen et de toute lecture.

(1) Dalloz, *Répert.*, v. Respons., n° 447; Roll. de Villargues, *op. cit.*, n° 180; Didio, *Encyclop. du Not.*, v. Respons. Notar., n° 363.

Dans une autre opinion (1), le notaire, quoique dispensé de la présence à l'acte, reste tenu de le lire attentivement, de signaler à son confrère les irrégularités et les illégalités qu'il peut découvrir, et de refuser son concours jusqu'à ce que l'acte en soit purgé, et il est responsable envers les parties solidai-
rement avec le notaire principal. Cette théorie est d'accord avec les travaux préparatoires de la loi de 1843.

Nous repoussons cependant cette solution ; pour nous le notaire en second qui n'intervient à l'acte que pour y apposer sa signature, n'est pas responsable de la nullité de cet acte, pas plus que ne le seraient les deux témoins par lesquels le notaire rédacteur a le droit de le remplacer, ceux-ci en effet n'ayant pas la compétence nécessaire pour en découvrir les irrégularités (2). D'autre part le notaire en second pourrait refuser non seulement sa signature, mais même son ministère, lorsqu'il est requis par les parties de coopérer à la rédaction de l'acte ; et ceci n'est pas contraire à l'esprit de l'article 3 de la loi de ventôse qui dit que « les notaires sont tenus de prêter leur ministère, lorsqu'ils en sont requis. » En effet pour donner l'authenticité aux actes un seul notaire suffit et la coopération du second notaire n'est pas nécessaire ; quant à sa

(1) Vergé, *Man. th. et prat. et form. gén. du not.*, t. 2, 8^e édit, nos 118 et s. ; M. Lespinasse, *Des attrib. et de la resp. du not. en second*, *Rev. crit.*, 1886, p. 427 ; et M. Labbé cité par ce dernier auteur ; — Ed. Clerc, *Op. cit.*, nos 1213 et s. ; — Bauby, *Op. cit.*, p. 352.

(2) V. en ce sens : Rutgeerts, *Comment.*, n^o 1363, III, p. 1757.

signature elle n'est pas indispensable non plus, puisqu'il peut être remplacé par deux témoins ; il serait injuste dans ces conditions de mettre le notaire en second sur la même ligne que le notaire en premier, quant à la responsabilité (1).

Toutefois il en est autrement et il n'est pas douteux que cet officier public doit répondre de sa faute, s'il a coopéré à la rédaction de l'acte et s'il y est intervenu sur la demande des parties, ou encore s'il avait personnellement connaissance avant de signer l'acte d'une irrégularité qui s'y trouvait (2). C'est ainsi qu'un arrêt de la Cour de cassation du 17 octobre 1893 (3) a condamné solidairement deux notaires rédacteurs d'un acte de prêt, pour avoir commis une faute lourde en omettant de vérifier et de faire connaître à leurs clients la situation hypothécaire de l'immeuble donné en garantie du prêt. La Cour les condamna comme solidaires, parce qu'il résultait des faits qu'ils avaient été tous deux auteurs de l'acte, qu'ils avaient ensemble négocié le prêt, après en avoir été chargés par les parties, et qu'enfin ils avaient partagé également les émoluments de cette opération.

De même si le notaire en second accepte de la partie un mandat pour les formalités subséquentes à l'acte constitutif d'hypothèque, il se trouve soumis à une responsabilité de droit commun pour l'exécution de ce mandat (4).

(1) Glasson, note sous Cour d'Orléans, 26 janv. 1895 (D. 96.2.33).

(2) Cass., 1^{er} mars 1886 (*Rev. not.*, n° 7319).

(3) Cass., 17 oct. 1893 (*Rev. not.*, n° 9044, D. 94.1.159).

(4) Cass., Req., 1^{er} mars 1886 (D. 86.1.457).

2. — Responsabilité indirecte résultant à l'encontre du notaire du fait de ses clercs.

Le principe de cette nouvelle espèce de responsabilité résulte de l'art. 1384 du Code civil : « On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre. » Cet article rend responsables les maîtres et commettants des délits ou quasi-délits commis par leurs domestiques et préposés. Or les clercs du notaire sont bien des préposés à l'égard de celui-ci, envers lequel ils sont liés par un contrat spécial qui tient à la fois du mandat et du louage de services. Ceux-ci n'agissent que sous les ordres du notaire, c'est lui par conséquent qui est toujours censé agir par leur entremise, dans la mesure du mandat tacite qu'il leur a donné.

Tel est le fondement sur lequel la plupart des auteurs font reposer la responsabilité indirecte des notaires ; mais nous croyons qu'elle a son fondement juridique dans le fait d'avoir mal choisi ses clercs ; c'est ce qui ressort des travaux préparatoires du Code civil, qui semblent vouloir baser la responsabilité des maîtres et commettants vis-à-vis de leurs préposés sur une faute initiale ; ceux-ci ne seraient pas déchargés de leur responsabilité par cela seul qu'ils n'auraient pas pu empêcher le dommage, le fait d'avoir mal choisi leurs préposés suffirait à les engager (1).

(1) Pisier. Thèse 1899, *De la responsabilité du fait des choses* (Fondement juridique), p. 100.

Cet officier public répondra donc de la nullité de l'acte auquel il a laissé son clerc procéder seul ; il sera responsable aussi des conséquences funestes d'un placement provenant de négligences commises par ce dernier lors de la conclusion de l'affaire ou dans la rédaction de l'acte, ou d'une erreur qu'il aurait faite postérieurement dans le bordereau d'inscription, en transposant par exemple les noms du créancier ou du débiteur, ou en omettant la subrogation dans l'hypothèque légale de la femme au profit du créancier (1).

— Lorsqu'une procuration a été donnée à un clerc de notaire à l'effet de réaliser un acte, ou de négocier des affaires, on décide généralement qu'il y a lieu de l'exonérer des conséquences du mandat, s'il résulte des faits et circonstances de la cause que c'est le notaire qui a été le véritable mandataire, le clerc n'ayant été que son prête-nom. Tel est l'état de la doctrine (2) et de la jurisprudence (3). La Cour de Dijon a fait application de cette théorie en déchargeant le clerc de toute responsabilité pour avoir représenté le notaire dans un acte de prêt hypothécaire, en vertu d'une procuration passée à son nom. Le notaire ayant reçu de l'adjudicataire les fonds provenant de l'adjudication des immeubles hypothéqués faite en son étude, et les ayant détournés, le clerc a été déclaré non responsable vis-à-vis du prêteur de ce détournement, attendu que celui-ci savait que le clerc n'était que le prête-nom et le préposé

(1) Joigny, 17 mars 1859 (D. 59.3.46).

(2) Eloy, *Op. cit.*, n° 848.

(3) Rennes, 8 déc. 1886 (*Rev. not.*, n° 7618) ; Dijon, 22 nov. 1895 (*Rev. not.*, n° 9539).

de son patron, qui seul avait été chargé par lui de ses intérêts.

Il est certain cependant qu'un clerc du notaire qui reçoit l'acte peut être réellement mandataire, une circulaire du garde des sceaux du 1^{er} mars 1890 le prouve, elle dit en effet que « si l'acceptation est faite par un clerc de l'étude, il faut que ce dernier ait reçu un mandat écrit du créancier. » Aussi, dans cette circonstance, des décisions judiciaires ont-elles condamné le clerc de notaire à la réparation du dommage causé, lorsque sa responsabilité personnelle n'était plus couverte par celle de son patron. C'est ainsi que des clercs ont été seuls déclarés responsables de l'inefficacité de placements hypothécaires dont ils avaient été les uniques négociateurs intéressés (1).

Tout se réduit donc à la question de savoir si le clerc a été le véritable mandataire ou si, au contraire, il n'a été que le prête-nom de son patron. C'est là une question de fait et d'appréciation à résoudre d'après les circonstances de chaque cause.

(1) Cass., 6 juillet 1870 (D. 71.1.431).

APPENDICE II

Action en responsabilité.

L'action est la mise en exercice du droit, c'est pourquoi l'action en responsabilité est le complément indispensable du droit à la réparation, elle est destinée en effet à procurer à la partie lésée une indemnité pécuniaire. Cette action est soumise aux règles générales de la procédure et aux articles 33 et 53 de la loi de ventôse, auxquels nous renvoyons.

Nous avons vu au début de cette étude que l'existence de la responsabilité était subordonnée à deux éléments essentiels : un élément personnel et subjectif, la faute, et un élément matériel et objectif, le dommage. En conséquence, le client qui exerce une action en dommages-intérêts contre le notaire doit prouver deux choses : le préjudice qu'il a éprouvé et la faute imputable au notaire, cause directe de ce préjudice.

L'étude de la faute a constitué la partie principale de notre sujet, il nous reste à examiner les caractères indispensables que doit réunir le dommage pour devenir à l'encontre de l'auteur de la faute la source d'une responsabilité civile. Nous verrons ensuite quelle est l'étendue de la responsabilité des notaires et comment le juge devra déterminer le chiffre des dommages-intérêts ; nous

parlerons enfin en terminant des clauses préventives qui fournissent au notaire actionné en responsabilité un moyen de protection.

Il est admis généralement que l'auteur d'un dommage n'est tenu à quelque réparation, que si celui-ci est direct, certain et actuel.

Il doit être direct d'abord, c'est-à-dire être le résultat immédiat et nécessaire de la faute du notaire. Il ne suffit donc pas qu'il y ait faute de la part du notaire et préjudice éprouvé par la partie pour que cet officier public soit responsable, il faut encore que le préjudice soit nécessairement et uniquement le résultat ou la conséquence de la faute commise (1).

Le dommage doit en outre être certain, ce qui signifie que son existence ne doit faire l'objet d'aucun doute, et actuel, c'est-à-dire susceptible d'être constaté matériellement au moment même où il est invoqué par la partie lésée. Un dommage éventuel, dont l'existence est subordonnée à un événement futur et incertain, ne suffirait donc pas pour engager la responsabilité de celui qui l'a causé. Cependant il faut faire une distinction, un dommage peut être éventuel quant à la détermination de son étendue et actuel quant à son existence; en pareil cas l'action en responsabilité sera recevable, puisqu'il existe un préjudice, bien que son importance ne puisse être connue que dans la suite. C'est ainsi qu'il a été jugé au cas de mauvais placements, qu'il n'était pas besoin pour actionner le notaire, d'attendre le résultat de l'ordre ouvert sur le prix de l'immeuble hypo-

(1) Didio. Note sous Cour de Rennes, 21 juil. 1887 (*Rev. not.*, n° 7720); — *Encyclop. du Notar.*. V *Respons. not.*, n° 420 et s.

théqué, lorsque, à raison de l'insuffisance de ce prix, la perte à subir par le client était dès à présent certaine (1).

Au contraire il a été décidé dans le cas de perte de la créance par suite de l'insuffisance hypothécaire, que cette perte ne pouvait être considérée comme régulièrement et définitivement acquise et servir de fondement à une poursuite contre le notaire, que lorsque l'hypothèque aurait produit tous les effets légaux par la réalisation du gage (2).

Lorsque ces deux éléments, la faute et le préjudice, sont constatés, la condamnation à la réparation du dommage se trouve motivée; néanmoins les juges, nous l'avons vu, ne sont pas obligés de la prononcer dans son intégralité; les mots « s'il y a lieu » de l'article 68 de la loi de ventôse leur permettent ou d'absoudre le notaire ou d'atténuer les conséquences de cette condamnation suivant les circonstances. La responsabilité doit se proportionner à la gravité de la faute, et ne doit pas nécessairement avoir pour mesure le préjudice éprouvé, qui d'ailleurs représente essentiellement le maximum des dommages-intérêts. Ce maximum, c'est-à-dire la réparation totale du dommage ne devra être prononcée que lorsque la faute sera de la plus haute gravité (3).

Le juge du fait a dans toutes ces questions un pouvoir souverain pour apprécier la gravité soit des fautes, soit du préjudice, soit des faits imputables à la partie lésée parmi les causes de ce préjudice, et pour arbitrer

(1) Trib. Seine, 20 fév. 1889 (*J. N.*, 24593).

(2) Gand, 25 juin 1892 (*Rev. not.*, n° 8773), v. p. 2.

(3) Bridan. *Rev. not.*, n° 7344.

d'après les circonstances qu'il relève le chiffre des dommages-intérêts.

Une des causes qui justifie le plus souvent la réduction du chiffre des dommages-intérêts, réside dans les agissements par lesquels la partie lésée aurait elle-même causé ou aggravé le dommage. Ainsi lorsqu'un notaire a commis la faute de dresser un acte constitutif d'hypothèque sur un immeuble qu'il savait n'être plus la propriété du débiteur, sa responsabilité doit être déterminée d'après le prix d'adjudication de l'immeuble hypothéqué et non d'après le chiffre supérieur de la créance, si le créancier a pu se rendre compte de la valeur de l'immeuble (1).

De même pour l'appréciation de la faute du notaire et de la réparation du dommage qui en est la conséquence, on tiendra compte de l'expérience ou de l'inexpérience des affaires chez la partie lésée ; et aussi de la situation de fortune du notaire ou de celle de ses héritiers poursuivis après sa mort. Egalement dans le cas d'une erreur de droit reprochée au notaire, l'incertitude de la doctrine et de la jurisprudence rend cette erreur excusable et peut même écarter toute idée de faute (2).

Lorsque le dommage résulte, comme nous venons de le voir, des agissements ou de l'imprudence des parties, il peut se faire cependant que celles-ci cherchent à faire retomber sur le notaire les conséquences d'une faute qui n'est imputable qu'à elles-mêmes ; dans cette circonstance il sera souvent difficile et délicat pour le notaire

(1) Cass. req., 16 août 1865 (D. 66.1.11).

(2) Eloy, *op. cit.*, n° 690, t. II, p. 132.

d'administrer la preuve de cette faute et d'établir qu'il a rempli toutes les obligations qui lui sont imposées par la jurisprudence et en particulier celle d'éclairer ses clients. Aussi, pour éviter ce danger, la pratique notariale a imaginé les clauses préventives ou d'exonération qui sont aujourd'hui d'un usage courant dans les actes notariés.

Ces clauses consistent à insérer dans l'acte le récit sincère et détaillé de tout ce qui s'est passé et ont pour but de constater que le notaire n'est intervenu que comme officier public et non comme mandataire, qu'il n'a point eu à examiner si l'opération était bonne ou mauvaise ou à remplir les formalités subséquentes à l'acte, que telle clause dangereuse a été voulue par les parties malgré l'exposé qu'a fait le notaire du danger qu'elle présentait, ou que celles-ci ont été averties des conséquences de leurs actes. Elles constateront par exemple que l'acheteur d'un immeuble a persisté à vouloir payer son prix immédiatement sans attendre l'accomplissement des formalités de la purge, bien que le notaire l'ait averti des risques auxquels l'exposait l'existence d'inscriptions connues ou inconnues.

Ces énonciations sont-elles pour les notaires un sûr moyen de protection? La doctrine en admet la validité (1), nous trouvons bien quelques décisions judiciaires (2) qui se prononcent dans le même sens; la

(1) *Encyclop du Not.* V. *Respons. not.*, n° 498; — Pont, *Rev. crit.*, 1855, t. 7, p. 49; — Amiaud, *Rev. not.*, n°s 2683 et 4094; — Massé, *Le Parfait notaire*, 4^e édit., t. I, liv. 4, ch. 29, p. 654.

(2) Metz, 17 juin 1863 (*Rev. not.*, n° 906); — Paris, 15 mars 1870 (*Rev. not.*, n° 2711).

Cour de Paris s'appuie, pour décharger le notaire des suites fâcheuses d'un prêt hypothécaire, sur ce que « l'acte incriminé constate que les stipulations qu'il contient ont été négociées directement par les parties entre elles, et que le rôle du notaire a donc consisté uniquement à donner l'authenticité à des conventions arrêtées en dehors de lui et sans son concours. » Un arrêt plus ancien de la même Cour (1) le condamne au contraire pour n'avoir pas vérifié le droit de propriété de l'emprunteur sur l'immeuble hypothéqué, malgré la déclaration « que le prêt a été négocié directement sans la participation du notaire, lequel n'a été que le rédacteur des conventions ; » mais il constate que cette déclaration ne dispensait pas de vérifier la propriété de l'emprunteur, parce que le rôle de rédacteur à lui seul impose cette vérification, et il ne nie pas d'ailleurs que la clause eût été utile pour dispenser le notaire de l'obligation d'apprécier la valeur du gage et pour le décharger de toute responsabilité en cas d'insuffisance.

Telle n'est pas malheureusement l'opinion habituelle de la jurisprudence. Elle se réserve généralement d'apprécier ces clauses et en restreint singulièrement la portée. Il faut, d'après elle, pour que ces énonciations produisent leur effet et dégagent le notaire de toute responsabilité que ce dernier ait inséré dans l'acte qu'il a rédigé le récit exact des avertissements et conseils fournis par lui aux parties, et que tous les vices de l'acte susceptible d'être annulé ou de causer un dommage leur aient été signalés bien nettement. La Cour

(1) Paris, 27 août 1852 (D. 54.2.75).

de Cassation, par deux arrêts de la Chambre des Requêtes des 2 avril et 2 juillet 1872 (*Rev. not.*, nos 4094 et 4248), décide, dans le premier, que « les tribunaux ne sont pas liés d'une manière absolue par la déclaration que fait à son profit et dans son intérêt le notaire rédacteur ; » et, dans le second, que « les parties et les juges ne sont aucunement liés par des stipulations de ce genre. »

Par un arrêt plus récent la Cour de Paris (1) a confirmé cette jurisprudence au cas où un notaire avait inséré une clause de ce genre dans un acte de remploi dotal fictif en créance hypothécaire ; elle décida que cette clause n'était pas opposable à une femme dotale et ne saurait relever le notaire des conséquences de sa faute.

— La jurisprudence manifeste dans ces décisions son sentiment de défiance à l'égard du notariat, nous allons examiner quels sont les principaux motifs qui l'ont conduite à émettre une solution aussi rigoureuse. Elle a prétendu d'abord que ces énonciations, si elles étaient admises, deviendraient bientôt des clauses de style, susceptibles de faire disparaître les cas les plus fréquents de la responsabilité notariale. Cette objection ne saurait nous arrêter, car il n'existe plus aujourd'hui de clauses de style dans le sens que l'on attachait autrefois à ce mot. Il faut poser en principe, dit M. Amiaud (2), « que toute clause, quelle qu'elle soit, insérée dans un acte notarié, alors que la validité de cet acte est recon-

(1) Paris, 15 mars 1895 (*Rev. not.*, n° 9345). V. p. 68.

(2) *Rev. not.*, n° 2683, p. 342.

nue, doit être exécutée comme émanant de la volonté même des parties contractantes, parce que, tant que l'acte n'est pas argué de faux, la présomption existe que le notaire n'a fait qu'écrire les conventions arrêtées entre ses clients, sans y ajouter quoi que ce soit. » D'ailleurs cette clause eût-elle été insérée à l'insu des parties, elle deviendrait cependant l'œuvre de celles-ci, par suite de la lecture qui leur en est donnée après la rédaction de l'acte.

La jurisprudence a prétendu en outre qu'en insérant une clause préventive ou d'exonération, le notaire contrevenait à l'article 8 de la loi de ventôse et instrumentait pour lui-même. Il nous semble pourtant que cette énonciation ne constitue pas une disposition en sa faveur, seule prohibée par l'article 8 ; elle est la simple constatation, reconnue par les parties, que le notaire a rempli vis-à-vis d'elles toutes les obligations qui lui sont imposées par la loi ou par les tribunaux. En admettant même qu'elles procurent un avantage au notaire, l'article 8 ne prohibe que les dispositions, d'où résulte un bénéfice positif et direct, or ici cet officier public cherche seulement à éviter une perte, *certat de damno vitando* (1). De plus, s'il est vrai que les clauses préventives soient contraires à l'article 8, la jurisprudence aurait dû en déduire logiquement la nullité de l'acte tout entier et non seulement l'inefficacité de ces dispositions, puisque cet article est un de ceux qu'énumère l'article 68 de la même loi, d'après lequel les actes

(1) Amiaud, *loc. cit.*, p. 348.

faits en contravention aux dispositions qu'ils contiennent sont frappés de nullité (1).

Bien que les tribunaux repoussent la validité de ces clauses, nous croyons que les notaires auraient tort de les délaisser et de cesser de les insérer dans leurs actes, Elles peuvent en effet leur servir tout au moins de commencements de preuve par écrit, leur permettant d'établir, à l'aide des témoignages et des présomptions qui peuvent venir les compléter, qu'ils ont rempli le mandat légal d'éclairer leurs clients, mandat auquel les astreint trop souvent une jurisprudence qui n'est nullement fondée.

Si ces clauses préventives sont considérées comme non avenues, il en résultera les conséquences suivantes : ou bien le notaire recevra des actes sans pouvoir constater qu'il a prévenu ses clients des dangers que présentait l'irrégularité de la situation, et il se verra par suite condamné à une réparation pécuniaire, alors qu'il n'a commis aucune faute ; ou bien il sera obligé de refuser son ministère toutes les fois que la situation ne sera pas absolument régulière, et ce seront les clients qui en souffriront. Cet état de choses créerait des entraves sans nombre dans les transactions et rendraient les affaires impossibles, surtout pour le notariat de province, dans les contrées où celles-ci se traitent souvent de confiance et présentent parfois de nombreuses irrégularités (2).

(1) V. en ce sens Bauby, *op. cit.*, p. 454 et s.; Emond, *op. cit.*, p. 143.

(2) Paultre, *Rev. not.*, n° 2683.

CONCLUSION

L'ancienne jurisprudence n'admettait la responsabilité des notaires qu'au cas de dol ou de faute grave, depuis un certain nombre d'années au contraire les tribunaux montrent une tendance toute opposée, et la plupart des auteurs s'accordent à reconnaître qu'ils sont tombés dans une exagération regrettable. Il est facile de constater que l'intérêt général n'y gagne rien, combien d'hommes probes et instruits, en effet, ont été détournés de la carrière notariale par cette excessive sévérité ! Combien de notaires aussi évitent autant que possible de recevoir les actes qui sont la source la plus féconde de leur responsabilité, tels que les testaments authentiques, et refusent, autant qu'ils le peuvent, de s'occuper de placements. Ce résultat n'est évidemment pas dans l'intérêt de la clientèle besogneuse qui a besoin d'argent et qui ne peut s'en procurer sans emprunter ou sans vendre (1). Cette protection à outrance se retourne donc contre ceux qui en sont l'objet.

Plusieurs motifs d'ailleurs militent en faveur de l'atténuation de la responsabilité des notaires. Il nous

(1) V. Hug. *Projet de réforme du notariat*, p. 28.

semble d'abord que l'obligation qui leur est imposée de prêter leur ministère toutes les fois qu'ils en sont requis, est une circonstance qui doit tendre à diminuer leur responsabilité et qui peut justifier l'indulgence des tribunaux.

En outre la responsabilité notariale présente avec la prise à partie plus d'un point de contact (1). La prise à partie est l'action personnelle accordée dans certains cas contre un magistrat, pour le faire déclarer responsable du dommage qu'il a causé par abus de ses fonctions. Elle a lieu lorsqu'il y a dol, fraude ou concussion, lorsque le magistrat commet un déni de justice en refusant ou en négligeant de juger, et aussi dans les cas où elle est expressément ordonnée par la loi (articles 77, 112, 164, 271, 370, 593, Code Inst. crim.). En dehors de ces causes la prise à partie ne peut exister, et en particulier elle ne saurait avoir lieu pour un simple mal jugé au fond, l'erreur ou l'ignorance du juge étant présumées de droit involontaires. Pourquoi imposer au notaire une responsabilité plus étendue ? A quel titre lui faire supporter les conséquences de ses erreurs de droit, alors que les magistrats n'en sont pas responsables ? Le notaire ne doit pas être poursuivi plus que le magistrat, d'autant plus qu'il n'a ni l'autorité ni le prestige de ce dernier.

Ce n'est pas seulement d'ailleurs la responsabilité du juge qui est moindre en fait que celle du notaire. De toutes les classes de citoyens les notaires sont à peu près les seuls à répondre de leurs erreurs. Les avocats

(1) Pont, *Rev. crit.*, t. 7, 1855, p. 65.

ne répondent pas du mauvais conseil qu'ils ont pu donner. Le médecin n'encourt pas de responsabilité pour avoir causé la mort de son malade. Les administrateurs, ministres et préfets peuvent impunément commettre des erreurs (1). Le notaire au contraire n'est pas épargné, et les tribunaux le condamnent pour n'avoir pas suffisamment averti ses clients des conséquences de leurs actes, alors que les lois spéciales au notariat ne lui ont jamais imposé cette obligation. Est-il équitable de rendre le notaire responsable d'un conseil loyal et sincère qu'il a donné, tandis que celui qui émane d'un professeur, d'un supérieur hiérarchique, dont la situation et les connaissances doivent avoir une influence encore plus grande sur l'esprit de ceux qui les consultent, ne les engage en aucune façon ?

— Mais la jurisprudence est constante dans sa sévérité contre les notaires. Elle tend cependant à s'adoucir à leur égard en matière de placements hypothécaires. Elle reconnaît bien aujourd'hui que ces officiers publics ne sont pas responsables dans tous les cas de leurs placements, qu'ils n'en répondent que s'ils ont agi comme mandataires du prêteur, et sans le consulter, et que, même en ce cas, ils ne seraient pas passibles de dommages-intérêts à raison de la dépréciation du gage résultant d'événements imprévus, tel qu'une crise immobilière, car le mandataire ne répond que de sa faute, et souvent il n'y avait pas de faute dans l'évaluation faite au moment du placement.

Il serait à désirer qu'une loi intervienne pour tracer

(1) V. Tournier, *Rev. not.*, n° 8502.

aux notaires d'une façon claire et précise l'étendue de leurs devoirs, et pour établir sa responsabilité dans une juste mesure. C'est là un vœu exprimé par la presque unanimité de la doctrine (1). Spécialement dans le but de favoriser les placements hypothécaires, qui sont incontestablement supérieurs, au point de vue de la sécurité, à tant de spéculations aventureuses, une loi qui rendrait aux notaires la confiance dont ils ont besoin pour se prêter à ce genre d'opérations, serait vue avec faveur. M. Hug, dans son projet de réforme du notariat, rapporté par M. Paul Henry (*Rev. not.*, n° 8786), émet le vœu d'une solution législative « déclarant le notaire responsable seulement quand l'acte d'obligation ne fournit pas au bailleur de fonds les éléments nécessaires pour contrôler la valeur et la sincérité du gage, » et non, dès lors, par exemple « quand l'obligation renfermerait la désignation parcellaire des biens affectés, un établissement de propriété régulier, une déclaration d'état civil et de situation hypothécaire conforme à l'état hypothécaire levé le même jour que l'inscription, et quand le bailleur de fonds concourra personnellement à l'obligation. » Lorsque l'attention du prêteur aurait été ainsi attirée d'une manière spéciale, il serait très juste que le notaire fut mis par la loi à l'abri de toute responsabilité, à moins qu'il n'ait abusé de la simplicité de celui-ci, car

(1) V. notamment dans ce sens : Amiaud, *Etudes sur le notariat français*, p. 148 et 149 ; — Emond, *op. cit.*, p. 267 ; — Bauby, *op. cit.*, p. 688 ; — Paul Henry, *Rev. not.*, n° 8786 ; — Mourlon et Jeannest-Saint-Hilaire, *Formulaire général à l'usage des notaires*.

il doit toujours répondre de son dol et de sa faute lourde.

Nous ne saurions trop prémunir les tribunaux contre la tendance qu'ils manifestent à se montrer d'une sévérité exagérée en ce qui concerne la responsabilité des notaires ; il est en cette matière des principes qu'ils doivent, en les appliquant aux faits, observer dans leur pureté inaltérable ; ces principes les autorisent à condamner ou à absoudre le notaire et à proportionner les dommages-intérêts suivant les circonstances, ils leur laissent enfin à ce point de vue la plus grande liberté d'appréciation. Il ne faut pas que les juges puissent être taxés d'arbitraire, car comme dit Bacon, dans ses *Aphorismes* (1), si la meilleure loi est celle qui enlève l'arbitraire au juge, le meilleur juge est celui qui se l'interdit à lui-même (2).

Il nous semble que l'équité ordonne aux magistrats de montrer quelque indulgence quand ils ont à se prononcer sur la responsabilité d'un notaire à raison de la nullité d'un acte ; qui donc est sûr en effet de ne jamais commettre d'erreur ? De plus l'erreur commise peut être un accident isolé dans la carrière du notaire, qu'il est bien difficile à un magistrat d'embrasser toute entière d'un regard, et il serait injuste que cet accident unique pût entraîner sa ruine.

En frappant trop rigoureusement les notaires et en les condamnant à la réparation totale du préjudice

(1) N° 46.

(2) *Optima est lex, quæ minimum relinquit arbitrio judicis ; optimus judex, qui minimum sibi.*

causé, sans admettre de circonstances atténuantes, les tribunaux portent atteinte à leur liberté d'action et leur enlèvent la sécurité qui leur est nécessaire et la confiance qu'ils ont besoin d'avoir en eux-mêmes pour remplir leurs délicates fonctions.

Vu :

Le Doyen,
GLASSON.

Vu :

Le Président,
M. PLANIOL.

Vu et permis d'imprimer,

le Vice-Recteur de l'Académie de Paris :

GRÉARD.

BIBLIOGRAPHIE

- AMIAUD. — 1^o Traité formulaire du notariat; 2^o; Responsabilité notariale. — Prêts hypothécaires; Revue du notariat, n^{os} 2683 et 4094.
- AVIGNON. — Des origines du notariat et de la responsabilité civile des notaires envers leurs clients (Thèse. Grenoble 1882).
- BAUBY. — Traité théorique et pratique de la responsabilité civile des notaires (Paris, 1894).
- BAUDRY-LACANTINERIE. — Précis de droit civil.
- BAUDRY-LACANTINERIE et de LOYNES. — Traité théorique et pratique de droit civil. Du nantissement, des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée, t. II (Paris, 1896).
- BELENFANT. — De la responsabilité des notaires en matière de prêts hypothécaires (Thèse. Bordeaux, 1898).
- BELLANGER. — De la responsabilité des notaires (Thèse. Paris, 1892).
- Circulaire trimestrielle du comité des notaires des départements.
- CLERC (Edouard). — 1^o Traité général du notariat et de l'enregistrement. 1^{re} Partie. Notariat; 2^o Formulaire du notariat.

CLERC, DALLOZ et VERGÉ. — Manuel théorique et pratique et formulaire général du notariat, t. II (8^e éd.).

DALLOZ. — 1^o Recueil périodique de jurisprudence; 2^o Répertoire. V^o Responsabilité; 3^o Supplément au répertoire, v^o Notaire et Responsabilité.

DECOURDEMANCHE. — Du danger de prêter sur hypothèques ou vues d'amélioration du régime hypothécaire.

DEFRENOIS. — Traité formulaire du notariat.

DEMOLOMBE. — Cours de code Napoléon, t. XXI et XXXI.

Dictionnaire du notariat. — V. Notaire et Responsabilité.

ELOY. — De la responsabilité des notaires.

EMOND. — De la responsabilité civile des notaires (Thèse. Paris, 1892).

ERNOUT. — De la responsabilité des notaires dans les placements hypothécaires (Thèse. Caen, 1889).

FERRIÈRE. — Parfait notaire. Liv. I^{er}.

Gazette du Palais.

GLASSON. — Note sous un arrêt de la Cour d'Orléans du 26 janvier 1895 (D. 96.2.33).

HENRY (Paul). — Responsabilité des notaires. Placements hypothécaires. Rev. not., n^o 8786.

Journal du Notariat.

Journal des notaires et des avocats.

LANSEL et DIDIO. — Encyclopédie du notariat, plus supplément en 2 volumes (Paris, 1898). V^o Responsabilité des notaires.

LAURENT. — Principes de droit civil, t. XX.

LÉVY (Emmanuel). — Responsabilité et contrat. Revue critique de législation et de jurisprudence (juin 1899, p. 361 et suiv.).

- MASSÉ. — Parfait notaire, t. I.
- PAGÈS. — De la responsabilité des notaires.
- Pandectes françaises, 1900. Privilèges et hypothèques.
- PAULTRE. — Revue du notariat, n^{os} 2422, 2683.
- PLANIOL. — 1^o Note sous un arrêt de la Cour de Paris, du 15 mars 1895 (D. 96.2.145); 2^o Cours sur le régime hypothécaire (1897-1898).
- PONT (Paul). — 1^o Revue critique de législation et de jurisprudence 1855, t. VII, p. 35 et suiv.; 2^o Responsabilité notariale. — Revue du notariat n^{os} 133, 181, 254, 387, 462, 584, 815, 987, 1134, 1320, 1824, 2222, 2277.
- RÉGIS. — Des divers cas de la responsabilité civile et professionnelle des notaires envers leurs clients (Thèse, Bordeaux, 1896).
- Revue du notariat.
- RUTGEERTS et AMIAUD. — Commentaire de la loi du 25 ventôse an XI, t. III (Bruxelles. Paris, 1884).
- SIREY. — Recueil général des lois et arrêts.
- STÉVENART, — Principes de la responsabilité civile des notaires (Bruxelles, 1890).
- TROPLONG. — Du mandat, t. XVI.
- VAVASSEUR. — Responsabilité des notaires. -- Placements hypothécaires (Revue du notariat, n^o 4984).
- VERGÉ. — De la Responsabilité des notaires, dans le Formulaire du notariat d'Edouard Clerc.
- VILLARGUES (Rolland de). — Répertoire de la jurisprudence du notariat. V^o Responsabilité des notaires.
-

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION ET PRINCIPES GÉNÉRAUX.....	1
PREMIÈRE PARTIE. — Responsabilité professionnelle.	
CHAPITRE I ^{er} . — Principes de la responsabilité professionnelle.....	11
CHAPITRE II. — Responsabilité des notaires relatives à la validité et à l'efficacité des actes.....	26
SECTION I. — Nullités de forme.....	26
§ I. — Formalités intrinsèques	29
§ II. — Formalités extrinsèques	31
SECTION II. — Nullités de fond.....	37
§ I. — Nullités de fond résultant de vices inhérents à la personne du notaire ou des parties.....	37
§ II. — Nullités de fond résultant de vices inhérents à la convention elle-même. — Erreurs de droit.....	47
APPENDICE. — Responsabilité du notaire comme dépositaire.....	62
CHAPITRE III. — Responsabilité des notaires résultant de leur obligation de s'abstenir de toute participation à des opérations illicites ou frauduleuses.....	64
CHAPITRE IV. — Responsabilité des notaires comme conseils des parties.....	69

DEUXIÈME PARTIE. — Responsabilité contractuelle..	87
CHAPITRE I ^{er} . — Du mandat et de la gestion d'affaires..	90
CHAPITRE II. — De la preuve du mandat et de la gestion d'affaires.....	97
CHAPITRE II. — Obligations du notaire en qualité de man- dataire ou de gérant d'affaires.....	117
1 ^o Mandats généraux	120
2 ^o Mandats spéciaux.....	130
APPENDICE I.....	135
1 ^o Responsabilité du notaire en second.....	135
2 ^e Responsabilité indirecte résultant à l'encontre du no- taire du fait de ses clercs	138
APPENDICE II. — Action en responsabilité.. ..	141
CONCLUSION.....	150
BIBLIOGRAPHIE	156
